

Umstrukturierung von kollektiven Kapitalanlagen

Von Ass.-Prof. Dr. Thomas Jutzi, Universität Bern*

The issuance of the Swiss Federal Act on Collective Investment Schemes (CISA) in the year 2007 and the revision thereof in 2013 expanded the possibilities for restructuring of collective investment schemes and simplified the procedures. For instance, in article 95 the CISA contains a provision that deals in a non-conclusive way with the restructuring of open-ended collective investment schemes. As a novelty regulation, this provision allows for mergers not only of contractual funds but also of investment companies with variable capital (SICAV). Additionally, the transformation of an open-ended collective investment into another CISA legal form was also included into the catalogue of possible restructuring processes. Further, a SICAV still maintains the possibility for asset transfer according to article 69 ff. of the Federal Act on Merger, Demerger, Transformation and Transfer of Assets (MerA). However, not all open questions have been clarified. As long as the CISA does not contain restructuring provisions, as is

the case with closed-ended collective investment schemes, generally the MerA and/or the Swiss Code of Obligations (CO) apply. The interplay of diverse, partly overlapping legislative bases leads to the emergence of unwanted gaps. Moreover, the partial revision of the CISA was not completely implemented at the ordinance level. Among others, the following issues have not been conclusively or clearly regulated: the permitted combinations of mergers, the merger procedure of the SICAV, the permitted restructurings, the transformation procedure as well as the application scope of the asset transfer for collective investment schemes according to the relevant merger regulations. Although these questions will be clarified in the following article through a systematic and teleological analysis of the relevant regulations, it is to be hoped that the gaps will be closed within the next CISA revision in order to guarantee comprehensive legal certainty.

Inhaltsübersicht

I. Einführung

II. Zusammenspiel diverser Rechtsgrundlagen

1. KAG
2. FusG
3. Anwendbarkeit von Art. 181 OR?

III. Umstrukturierung von vertraglichen Anlagefonds

1. Vereinigung
 - 1.1 Zulässige Kombinationen
 - 1.2 Voraussetzungen
 - 1.2.1 Fehlende Revision der massgeblichen Bestimmungen
 - 1.2.2 Die einzelnen Voraussetzungen
 - 1.3 Verfahren
 - 1.3.1 Verfahrensablauf
 - 1.3.2 Schutz der Anleger

2. Umwandlung
 - 2.1 Zulässige Umwandlungen
 - 2.2 Voraussetzungen und Verfahren

3. Vermögensübertragung

4. Singularsukzession

IV. Umstrukturierung von SICAV

1. Vereinigung und Umwandlung nach KAG
2. Instrumente des FusG
 - 2.1 Fusion, Spaltung und Umwandlung
 - 2.2 Vermögensübertragung
 - 2.2.1 Vermögensübertragung als übertragender Rechtsträger

- 2.2.2 Vermögensübertragung als übernehmender Rechtsträger
- 2.2.3 Voraussetzungen
- 2.2.4 Verfahren

V. Umstrukturierung von geschlossenen kollektiven Kapitalanlagen

1. Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen

- 1.1 Umstrukturierungsmöglichkeiten
 - 1.1.1 Vermögensübertragung
 - 1.1.2 Fusion, Spaltung und Umwandlung
- 1.2 Voraussetzungen und Verfahren der Vermögensübertragung

2. SICAF

- 2.1 Umstrukturierungsmöglichkeiten
- 2.2 Voraussetzungen und Verfahren

VI. Fazit

* Ein besonderer Dank für seine Unterstützung gebührt meinem Assistenten am Institut für Wirtschaftsrecht Herrn RA MLaw Christoph Feuz.

I. Einführung

Das Fusionsgesetz (FusG)¹ ist ein umfassender «Strukturanpassungserlass»,² der auf die Mehrzahl von Umstrukturierungen Anwendung findet.³ Für die Umstrukturierung von kollektiven Kapitalanlagen bestehen allerdings verschiedene, sich teilweise überlagernde rechtliche Grundlagen.⁴ Das Kollektiv-anlagengesetz (KAG)⁵ enthält in Art. 95 eine Bestimmung, die sich – indes nicht abschliessend – mit der Umstrukturierung von offenen kollektiven Kapitalanlagen befasst.⁶ Mit der Revision des KAG und der Inkraftsetzung der revidierten Bestimmungen per 1. März 2013 wurde der Anwendungsbereich dieser Bestimmung erweitert.⁷ Einerseits steht die Vereinigung neuerdings nicht nur dem vertraglichen

Anlagefonds, sondern auch der SICAV offen,⁸ andererseits wurde die Umwandlung einer offenen kollektiven Kapitalanlage in eine andere Rechtsform des KAG neu in den Katalog der möglichen Umstrukturierungsvorgänge nach Art. 95 KAG aufgenommen.⁹ Der SICAV steht zudem weiterhin die Möglichkeit einer Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG offen.¹⁰ Sofern das KAG – wie bei den geschlossenen kollektiven Kapitalanlagen – keine Umstrukturierungsnormen enthält, finden grundsätzlich das FusG und/oder das Obligationenrecht (OR)¹¹ Anwendung.¹² Nachfolgend werden die gesetzlich zulässigen Umstrukturierungsvorgänge und die hierfür massgeblichen Rechtsgrundlagen für die einzelnen Rechtsformen der kollektiven Kapitalanlagen besprochen. Zudem werden die Voraussetzungen sowie das jeweils anwendbare Verfahren beleuchtet.

II. Zusammenspiel diverser Rechtsgrundlagen

1. KAG

Wie bereits erwähnt, regelt Art. 95 KAG die Umstrukturierung von offenen kollektiven Kapitalanlagen, d.h. des vertraglichen Anlagefonds und der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital¹³ (SICAV).¹⁴ Die Bestimmung ist systematisch im 2. Titel des KAG zu den offenen kollektiven Kapital-

¹ Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003, SR 221.301.

² Vgl. Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz), Bern 1997, 8.

³ Peter R. Altenburger/Massimo Calderan/Werner Lederer, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht – ein Handbuch zum Fusionsgesetz, zur Handelsregisterverordnung und zum Steuerrecht, Zürich 2004, 1.

⁴ Die Gründe für die Umstrukturierung von kollektiven Kapitalanlagen sind vielfältig. In erster Linie stehen die Beseitigung eines Überangebots ähnlicher Fondsprodukte und damit einhergehend die Senkung der Kostenbelastungen für die Anleger im Vordergrund. Gerade in wirtschaftlich florierenden Zeiten bedienen neue kollektive Kapitalanlagen kurzfristige Trends am Markt; nach dem (Aktien) Boom bleibt allerdings weiterer Kapitalzufluss aus und viele bestehende Anleger ziehen ihre Anlagen zurück. Demgegenüber bleiben die Ausgaben fixe Kosten, welche teilweise nicht linear vom Fondsvolumen abhängen. Durch Umstrukturierungen und die damit einhergehende Vergrösserung des Anlagevolumens und die Verbesserung der Kapitallokation kann dem entgegengewirkt werden. Ausführlich dazu: Wilhelm Wilderink, Die Auflösung, die Übertragung und die Verschmelzung von Investmentfonds, Diss. Frankfurt 2003, 197 ff.

⁵ Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektiv-anlagengesetz, KAG), SR 951.31.

⁶ Vor dem Inkrafttreten des KAG erfolgte die Regelung auf Verordnungsstufe in Art. 7a ff. der Verordnung über die Anlagefonds (Anlagefondsverordnung, AFV) vom 19. Oktober 1994.

⁷ Art. 95 Abs. 1 lit. a altKAG sah für den vertraglichen Anlagefonds als einzigen Umstrukturierungsvorgang die Vereinigung durch Übertragung der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten vor, während der SICAV gemäss lit. b der Weg der Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG offenstand.

⁸ Art. 95 Abs. 1 lit. a KAG.

⁹ Art. 95 Abs. 1 lit. b KAG.

¹⁰ Art. 95 Abs. 1 lit. c KAG. Vgl. auch Botschaft über die Änderung des Kollektiv-anlagengesetzes (KAG) vom 2. März 2012, BBl 2011, 3677 f.

¹¹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.

¹² Franz Hasenböhler (Hrsg.), Recht der kollektiven Kapitalanlagen – Unter Berücksichtigung der steuerrechtlichen Aspekte, Zürich 2007, N 537.

¹³ Ausführlich zu diesen kollektiven Kapitalanlagen: Thomas Jutzi, Der öffentliche Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen – Illustration am Beispiel des vertraglichen Anlagefonds, recht 2/2011, 60–76, 62 ff.

¹⁴ Die Anpassung des Art. 95 KAG infolge der Revision des KAG hat für die SICAV gewichtige Neuerungen in Bezug auf das massgebende Umstrukturierungsrecht ergeben. Die Umstrukturierung einer SICAV war vor der Revision auf das Instrument der Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG begrenzt (Art. 95 Abs. 1 lit. b altKAG i.V.m. Art. 69 ff. FusG). Die Revision der KAG hat die der

anlagen im 6. Abschnitt eingeordnet. Dieser Abschnitt wird mit «Umstrukturierung und Auflösung» betitelt.¹⁵ Der Ingress der einschlägigen Bestimmung lautet «Umstrukturierung». Der Begriff der Umstrukturierung wird hier in einem «untechnischen» Sinne als «Oberbegriff für sämtliche Umstrukturierungstatbestände, welche beim vertraglichen Anlagefonds und der SICAV eintreten können» verwendet.¹⁶ Unter lit. a–c von Art. 95 Abs. 1 listet der Gesetzgeber eine Reihe zulässiger Umstrukturierungsvorgänge auf.¹⁷

Aus dem Wortlaut und der Systematik der Bestimmung ergibt sich, dass der Anwendungsbereich von Art. 95 KAG ausschliesslich offene kollektive Kapitalanlagen umfasst. Geschlossene kollektive Kapitalanlagen – d.h. die Investmentgesellschaft mit festem Kapital (SICAF) und die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KGK)¹⁸ – werden weder von Art. 95 KAG noch von einer anderen Bestimmung des KAG direkt erfasst,¹⁹ d.h., das FusG ist die einzige massgebliche Rechtsgrundlage. Diese Aussage bedarf allerdings in zweifacher Hinsicht einer Einschränkung: Durch die Einführung des Instruments der Umwandlung nach Art. 95 Abs. 1 lit. b KAG können die KGK und die SICAF neu als Zielobjekt für eine Umwandlung einer offenen kollektiven Kapitalanlage dienen, d.h., sie werden zumindest mittelbar von Art. 95 KAG erfasst. Zudem bedeuten sämtliche Umstrukturierungen von kollektiven Kapitalanlagen eine Änderung der Umstände i.S.v. Art. 16 KAG und bedürfen der Bewilligung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA).

SICAV zur Verfügung stehenden Umstrukturierungsinstrumente erweitert. Vgl. dazu hinten IV.1.

¹⁵ Vgl. dazu Jutzi (Fn. 13), 62 ff.

¹⁶ Botschaft zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz) vom 23. September 2005, BBl 2005, 6395–6506, 6470.

¹⁷ Vgl. dazu hinten III.1.1.

¹⁸ Vgl. dazu Jutzi (Fn. 13), 62 ff.

¹⁹ Ursina Brack, Formen kollektiver Kapitalanlagen nach dem KAG (Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen) – Eine systematische Darstellung, Diss. Freiburg 2008, 301; Adrian Tagmann, Umstrukturierung von kollektiven Kapitalanlagen, REPRAX 2–3/2008, 100–113, 107; Hasenböhler (Fn. 12), N 535; Daniel Staehelin/Lukas Bopp, N 4 zu Art. 95 KAG, in: Watter/Vogt/Bösch/Rayroux/Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kollektivanlagengesetz, Basel 2009.

2. FusG

Bei den offenen kollektiven Kapitalanlagen ist hinsichtlich der Anwendbarkeit des FusG zwischen dem vertraglichen Anlagefonds und der SICAV zu differenzieren: Der vertragliche Anlagefonds ist weder eine Gesellschaft im Sinne des OR oder KAG noch ein Rechtsträger gemäss Art. 2 lit. a FusG²⁰ und fällt deshalb grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des FusG.²¹ Somit ist eine Teilnahme eines vertraglichen Anlagefonds an einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung nach FusG ausgeschlossen.²² Der vertragliche Anlagefonds kann ebenfalls nicht als übertragender Rechtsträger an einer Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG teilnehmen. Als übernehmende Partei kann der vertragliche Anlagefonds aber an einer fusionsrechtlichen Vermögensübertragung mitwirken.²³ Bei der SICAV ist die Bestimmung von Art. 95 Abs. 1 lit. c KAG massgebend, welche die Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG für die Umstrukturierung einer SICAV für anwendbar erklärt. Gleichzeitig wurde mit der Inkraftsetzung des KAG im Jahre 2007 auch das FusG angepasst. So wurde die SICAV u.a. in der Aufzählung von Art. 2 lit. a FusG neu als «Rechtsträger» definiert.

Auch hinsichtlich der Anwendbarkeit des FusG auf die geschlossenen kollektiven Kapitalanlagen

²⁰ Der Begriff des Rechtsträgers nach Art. 2 lit. a FusG stellt dabei eine abstrakte Bezeichnung für alle vom Geltungsbereich des FusG erfassten Rechtsformen dar. Vgl. Lukas Morscher, N 2 f. zu Art. 2 FusG, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Fusionsgesetz, Basel 2005.

²¹ Jean-Yves Rebord, La réglementation des placements collectifs immobiliers. Analyse systématique des différents organismes et appréciation critique du régime instauré par la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux, Genf 2009, 163; Franco Taisch, Finanzmarktrecht, 2. Aufl., Zürich 2010, N 115; Tagmann (Fn. 19), 101; Brack (Fn. 19), 131 f.

²² Art. 95 Abs. 1 lit. a und b KAG i.V.m. Art. 2 lit. a, Art. 4, 30 und 54 FusG *e contrario*. Die Frage, ob das FusG auf andere Umstrukturierungstatbestände – wie z.B. die Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG zwischen Fondsleitungen von vertraglichen Anlagefonds oder die Fusion von Anlagefonds – anwendbar ist, hat im KAG keine explizite Regelung erfahren. Es ist somit unklar, ob solche Tatbestände unter dem KAG überhaupt zulässig sind. Vgl. dazu auch Daniel Staehelin/Lukas Bopp, N 5–10 zu Art. 95 KAG, in: Watter/Vogt/Bösch/Rayroux/Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kollektivanlagengesetz, Basel 2009.

²³ Vgl. dazu hinten III.1.

gilt es, zwischen den einzelnen Gesellschaftsformen zu unterscheiden: Die KGK ist Rechtsträger im Sinne des FusG²⁴ und wird in Art. 69 FusG explizit erwähnt,²⁵ d.h., sie kann bei Vermögensübertragungen nach FusG sowohl als übertragende als auch als übernehmende Gesellschaft teilnehmen. Die SICAF ist gemäss Art. 110 KAG eine AG i.S.v. Art. 620 ff. OR. Aus Art. 112 KAG folgt weiter, dass auf die SICAF subsidiär die Bestimmungen des Aktienrechts anwendbar sind. Dieser Verweis umfasst neben dem OR m.E. auch das FusG, sofern nicht anderweitige Bestimmungen des KAG dem entgegenstehen.²⁶ Dies deshalb, weil die SICAF aufgrund ihrer Stellung als «gewöhnliche» Aktiengesellschaft unter den Begriff der «Aktiengesellschaft» bzw. der «Kapitalgesellschaft» gemäss Art. 2 lit. c FusG subsumiert werden kann.²⁷ In Bezug auf die SICAF lässt sich weiter konstatieren, dass das KAG keine eigenständigen Vorgaben zur Thematik der Umstrukturierung enthält.²⁸ Folglich richtet sich die Umstrukturierung einer SICAF ausschliesslich nach den Vorgaben des OR bzw. des FusG.²⁹

3. Anwendbarkeit von Art. 181 OR?

Bei der Vereinigung nach Art. 95 KAG handelt es sich um eine *Lex specialis*, welche die Anwendung von Art. 181 OR auf den vertraglichen Anlage-

fonds ausschliesst.³⁰ Art. 181 OR findet aber aus den nachfolgenden Gründen keine Anwendung auf die Umstrukturierungen der gesellschaftsrechtlichen kollektiven Kapitalanlagen: Im Zuge der Inkraftsetzung des FusG wurde Art. 181 OR um Abs. 4 ergänzt: «Die Übernahme des Vermögens oder des Geschäfts von Handelsgesellschaften, Genossenschaften, Vereinen, Stiftungen und Einzelunternehmen, die im Handelsregister eingetragen sind, richtet sich nach den Vorschriften des Fusionsgesetzes vom 3. Oktober 2003.» Aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt sich, dass Abs. 4 von Art. 181 OR zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. 181 OR und Art. 69 ff. FusG dient.³¹ Gemäss der Botschaft zum FusG erfolgt die Übernahme des Vermögens oder des Geschäfts eines im Handelsregister eingetragenen Rechtsträgers des Privatrechts nach den Vorschriften des FusG. Art. 181 Abs. 4 OR ist dabei zwingender Natur.³² Die SICAV, KGK und SICAF gelten seit der Inkraftsetzung des KAG auch als Rechtsträger im Sinne des FusG gemäss Art. 2 lit. a.³³ Daraus – und aus der Tatsache, dass diese Gesellschaften im Handelsregister eingetragen werden müssen³⁴ – folgt, dass Art. 181 Abs. 4 OR auch für diese Gesellschaften gilt.³⁵ Der Umstand, dass die Gesellschaften nicht einzeln in Art. 181 Abs. 4 OR aufgeführt werden, steht dieser Auslegung nicht entgegen. Sinn und Zweck der Abgrenzungsvorschrift von Art. 181 Abs. 4 OR liegen darin, Vermögensübernahmen von im Handelsregister eingetragenen

²⁴ Art. 2 lit. a FusG.

²⁵ Sie gilt aber nicht als Gesellschaft i.S.v. Art. 2 lit. b FusG.

²⁶ So auch Lukas Glanzmann, Umstrukturierungen – Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 2. Aufl., Bern 2008, § 4 N 25a.

²⁷ So auch die Botschaft über die Änderung des Kollektivanlagengesetzes (KAG) vom 2. März 2012, BBl 2011, S. 3639–3692, 3677; vgl. ferner auch Thomas Vogt, Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen – neue Rechtsformen im Handelsregister, REPRAX 1/2007, 1–19, 7; Conradin Cramer/Thomas Weibel, N 10 zu Art. 2 FusG, in: Vischer (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht), 2. Aufl., Zürich 2012; Brack (Fn. 19), 359; Tagmann (Fn. 19), 108 f.; Hasenböhler (Fn. 12), N 701.

²⁸ Hasenböhler (Fn. 12), N 535; Staehelin/Bopp (Fn. 19), N 4 zu Art. 95 KAG.

²⁹ Rebord (Fn. 21), 163; Staehelin/Bopp (Fn. 19), N 4 zu Art. 95 KAG; Vogt (Fn. 27), 7; Hasenböhler (Fn. 12), N 535 und 701.

³⁰ Oliver Sierro, N 354 f.; in: FBT Avocats SA/Kellerhals Anwälte (Hrsg.), Commentaire Stämpfli, Loi sur les placements collectifs (LPCC), Bern 2012; Tüsch (Fn. 21), N 115; Brack (Fn. 19), 132; Tagmann (Fn. 19), 101 f.; Hasenböhler (Fn. 12), N 536; vgl. ferner die Botschaft (Fn. 16), 6470: «Die Übertragung nach Artikel 181 OR eignet sich weder beim Anlagefonds noch bei der SICAV für die Vereinigung von Vermögenswerten, da die Aktiven einzeln nach den Regeln der Singularsukzession übertragen werden.» Anderer Meinung allerdings Staehelin/Bopp (Fn. 19), N 6 zu Art. 95 KAG.

³¹ Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBl 2000, S. 4337–4530, 4492. Botschaft (Fn. 31), 4492.

³² Vgl. auch den Wortlaut von Art. 69 Abs. 1 FusG.

³³ Art. 37 Abs. 1 KAG i.V.m. Art. 640 OR.

³⁴ Gl.M. Piera Beretta, N 77 zu Vor Art. 69–77, in: Vischer (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht), 2. Aufl., Zürich 2012.

Gesellschaften und Einzelfirmen ausschliesslich nach den Vorschriften des FusG durchzuführen.³⁶ Es kann insofern offengelassen werden, ob z.B. die SICAV unter den Begriff der «Handelsgesellschaft» i.S.v. Art. 181 Abs. 4 OR zu subsumieren ist. Die Vorschrift von Art. 181 Abs. 4 OR greift m.E. auch ohne explizite Nennung der Gesellschaft.

III. Umstrukturierung von vertraglichen Anlagefonds

1. Vereinigung

Im Rahmen einer Vereinigung nach Art. 95 Abs. 1 lit. a KAG werden Vermögenswerte und Verbindlichkeiten des übertragenden Anlagefonds auf den übernehmenden Rechtsträger übertragen.³⁷ Die Übertragung erfolgt dabei *uno actu*,³⁸ wobei die spezifischen Formvorschriften zur Übertragung der Vermögensbestandteile nicht eingehalten werden müssen.³⁹ Diese Übertragung von Aktiven und Passiven im Rahmen einer Universalsukzession weist Ähnlichkeiten mit der Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG auf.⁴⁰ Der Vorgang der Vereinigung läuft – wie bei der Vermögensübertragung nach FusG⁴¹ – grundsätzlich ohne Mitwirkung der Anleger ab. Transparenz und Rechtssicherheit der Vereinigung – und damit der Schutz der Anleger – werden durch die Schaffung einer Vielzahl von Voraussetzungen sowie die Formalisierung des Vereinigungsverfahrens sichergestellt.⁴²

1.1 Zulässige Kombinationen

Art. 95 Abs. 1 lit. a KAG lautet: «*Folgende Umstrukturierungen von offenen kollektiven Kapitalanlagen sind zulässig: a. die Vereinigung durch Übertragung der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten; [...]».* Die Botschaft zur Revision des KAG erwähnt beispielhaft die Vereinigung eines vertraglichen Fonds mit einer SICAV als zulässige Kombination einer Vereinigung.⁴³ Nebst dieser Variante ist – wie nach bisherigem Recht – die Vereinigung zweier Anlagefonds möglich.⁴⁴ Dem Wortlaut von Art. 95 Abs. 1 lit. a KAG folgend ergeben sich – abstrakt betrachtet – folgende mögliche Kombinationen für eine Vereinigung: (i) Vereinigung zweier Anlagefonds; (ii) Vereinigung zwischen einem vertraglichen Anlagefonds als übertragendem Rechtsträger und einer SICAV als übernehmendem Rechtsträger; (iii) Vereinigung zwischen einer SICAV als übertragendem Rechtsträger und einem vertraglichen Anlagefonds als übernehmendem Rechtsträger; (iv) Vereinigung zweier SICAV. Die Botschaft zur Revision des KAG hält jedoch fest, dass die Umstrukturierung einer SICAV stets über eine Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG zu erfolgen hat.⁴⁵ Sie stützt sich hierbei auf lit. c von Art. 95 Abs. 1 KAG, welcher Folgendes statuiert: «*Folgende Umstrukturierungen von offenen kollektiven Kapitalanlagen sind zulässig: [...] c. für die SICAV: die Vermögensübertragung nach den Artikeln 69–77 des Fusionsgesetzes vom 3. Oktober 2003.»* Gemäss dieser Auffassung sind die Vereinigungskombinationen (iii) und (iv) ausgeschlossen, da sowohl die Vereinigung als auch die Vermögensübertragung nach FusG die Übertragung von Vermögenswerten und Verbindlichkeiten nach sich ziehen. Diese Schlussfolgerung widerspricht allerdings dem Wortlaut von Art. 95 Abs. 1 lit. a KAG, der eine solche Einschränkung nicht wiedergibt. Es resultiert somit bei einer systematischen Betrachtungsweise ein Widerspruch zwischen lit. a und c von Art. 95 Abs. 1 KAG.

Bei näherer Betrachtung der massgeblichen Bestimmungen ergibt sich, dass sowohl die Vereinigung nach Art. 95 Abs. 1 lit. a KAG wie auch die Vermögensübertragung nach Art. 95 Abs. 1 lit. c

³⁶ *Ralph Malacrida*, N 13 zu Art. 69 FusG, in: Watter/Vogt/Bösch/Rayroux/Winzler (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Kollektivanlagengesetz*, Basel 2009; *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser*, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht. Mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen*, 11. Aufl., Bern 2012, § 25 N 82; *Rudolf Tschäni*, N 5 zu Art. 181 OR, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.

³⁷ *Hasenböhler* (Fn. 12), N 539.

³⁸ *Tagmann* (Fn. 19), 102.

³⁹ *Stahelin/Bopp* (Fn. 19), N 7 zu Art. 95.

⁴⁰ *Tagmann* (Fn. 19), 102. Die genaue dogmatische Einordnung der Vereinigung ist hingegen nicht geklärt. Vgl. dazu auch *Stahelin/Bopp* (Fn. 19), N 14 zu Art. 95.

⁴¹ Für die Vermögensübertragung ist nach dem FusG grundsätzlich keine Genehmigung durch die Gesellschafter erforderlich. Das Gesetz begnügt sich in Art. 74 FusG mit der nachträglichen Offenlegung.

⁴² Vgl. dazu hinten III.1.3.

⁴³ Botschaft (Fn. 10), 3677.

⁴⁴ Vgl. den Wortlaut von Art. 95 Abs. 1 lit. a altKAG sowie Art. 114 Abs. 1 und Art. 115 Abs. 1 KKV.

⁴⁵ Botschaft (Fn. 10), 3677.

i.V.m. Art. 69 ff. FusG grundsätzlich denselben Zweck verfolgen, nämlich die Übertragung von Vermögenswerten und Verbindlichkeiten auf andere Rechtsträger. Der Grund für die Schaffung von Art. 95 Abs. 1 lit. a altKAG im Jahr 2007 bestand einerseits darin, dass die Verschiebung von Vermögenswerten nach Art. 181 OR für vertragliche Anlagefonds nicht praktikabel war.⁴⁶ Andererseits war der vertragliche Anlagefonds gerade nicht vom Anwendungsbereich des FusG – und damit von der Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG – erfasst. Es bestand insofern im Umstrukturierungsrecht beim vertraglichen Anlagefonds eine «Lücke», die es zu schliessen galt. Diese Lücke veranlasste den Verordnungs- bzw. später den Gesetzgeber, eine Grundlage für die Vereinigung von vertraglichen Anlagefonds – zuerst auf Stufe Verordnung (Art. 7a ff. AFV) und anschliessend auf Stufe Gesetz (Art. 95 Abs. 1 lit. a altKAG) – zu schaffen.⁴⁷ Sinn und Zweck von Art. 7a ff. AFV bzw. Art. 95 Abs. 1 lit. a altKAG war es folglich, die Umstrukturierung von vertraglichen Anlagefonds zu vereinfachen.⁴⁸ Mit der Revision des Art. 95 Abs. 1 KAG wurde eine Erweiterung der Möglichkeiten zur Umstrukturierung von offenen kollektiven Kapitalanlagen vollzogen. Nebst dem neu geschaffenen Instrument der Umwandlung⁴⁹ von offenen kollektiven Kapitalanlagen wurde ebenso das Institut der Vereinigung in seinem Anwendungsbereich erweitert. Meines Erachtens verfolgt die Erweiterung von Art. 95 Abs. 1 lit. a KAG jedoch weiterhin das Ziel, die umstrukturierungsrechtliche Ausgangslage für den vertraglichen Anlagefonds, nicht aber für die SICAV zu verbessern; schliesslich konnte die SICAV bereits vor der Revision des KAG für die Übertragung von Vermögenswerten und Verbindlichkeiten auf das fusionsrechtliche Institut der Vermögensübertragung zurückgreifen⁵⁰ und war nicht auf das kollektivanlagerechtliche Institut der Vereinigung angewiesen. Indem der Gesetzgeber die SICAV unter lit. c von Art. 95 Abs. 1 KAG weiterhin auf das FusG bzw. die dortige Vermögensübertragung verweist, resultiert m.E. daraus eine indirekte Einschränkung des Anwendungsbereichs

der Vereinigung nach Art. 95 Abs. 1 lit. a KAG. Wäre es die Absicht des Gesetzgebers gewesen, die Vereinigung ebenfalls auf die SICAV als übertragenden Rechtsträger auszudehnen, so hätte er den Verweis von Art. 95 Abs. 1 lit. b altKAG nicht in Art. 95 Abs. 1 lit. c KAG wiederaufgenommen.⁵¹ Aus dem Gesagten folgt, dass der Wortlaut von Art. 95 Abs. 1 lit. a KAG hinsichtlich der möglichen Kombinationen zur Vereinigung zu relativieren ist. Es sind nur die Kombinationen (i) und (ii) möglich.

1.2 Voraussetzungen

1.2.1 Fehlende Revision der massgeblichen Bestimmungen

In Art. 114 Kollektivanlagenverordnung (KKV)⁵² werden die Voraussetzungen der Vereinigung und in Art. 115 KKV das Verfahren erläutert. Sowohl Art. 114 als auch Art. 115 KKV wurden im Rahmen der Revision des KAG unverändert übernommen. Dabei liegt ein gesetzgeberisches Versehen vor, da der revidierte Art. 95 KAG zwangsläufig eine Anpassung der Art. 114 und 115 KKV hätte nach sich ziehen müssen. Art. 114 und 115 KKV gehen allerdings immer noch von der Prämisse aus, dass lediglich eine Vereinigung zwischen Anlagefonds möglich ist. Die nachfolgenden Äusserungen beziehen sich deshalb zwar lediglich auf die Vereinigung von vertraglichen Anlagefonds; zumindest sinngemäss gelten sie aber auch für die Vereinigung eines vertraglichen Anlagefonds mit einer SICAV.

1.2.2 Die einzelnen Voraussetzungen

Gemäss Art. 114 Abs. 1 KKV können Anlagefonds von der Fondsleitung vereinigt werden, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: (i)

⁴⁶ Botschaft (Fn. 16), 6470.

⁴⁷ Botschaft (Fn. 16), 6470 f.

⁴⁸ Tagmann (Fn. 19), 101 f.

⁴⁹ Art. 95 Abs. 1 lit. b KAG. Vgl. dazu hinten III.2.

⁵⁰ Art. 95 Abs. 1 lit. b altKAG und neu Art. 95 Abs. 1 lit. c KAG.

⁵¹ Keine Rückschlüsse auf den Anwendungsbereich von Art. 95 Abs. 1 lit. a KAG können aus den entsprechenden Ausführungsbestimmungen in der KKV – Art. 114 und 115 – gezogen werden. Der Gesetzgeber hat es unterlassen, die Bestimmungen an den revidierten Art. 95 KAG anzupassen. Es ergeben sich zudem keine weiteren Hinweise aus den Wortprotokollen der parlamentarischen Beratungen zur Revision des KAG. Vgl. Amtl. Bull. N 2012, S. 1314–1343 und Amtl. Bull. S 2012, S. 542–566. Art. 95 KAG wurde zudem nicht in den Sitzungen der vorbehandelnden WAK-Kommissionen des National- und Ständerats behandelt (die Protokolle standen dem Autor zur Einsicht offen).

⁵² Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagenverordnung, KKV), SR 951.311.

die massgeblichen Fondsverträge müssen die Vereinigung vorsehen,⁵³ (ii) die involvierten Anlagefonds werden von der gleichen Fondsleitung verwaltet⁵⁴ und (iii) die massgeblichen Fondsverträge müssen hinsichtlich der Anlagepolitik, der Risikoverteilung, der mit der Anlage verbundenen Risiken, der Verwendung des Nettoertrages und der Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Sachen und Rechten, der Art, der Höhe und der Berechnung aller Vergütungen, der Ausgabe- und Rücknahmekommissionen sowie der Nebenkosten für den An- und Verkauf von Anlagen (Courtage, Gebühren, Abgaben), die dem Fondsvermögen oder den Anlegern belastet werden dürfen, der Laufzeit des Vertrags und der Voraussetzungen der Auflösung sowie der Rücknahmebedingungen grundsätzlich übereinstimmen.⁵⁵

Die Bewertung der Vermögen der beteiligten Anlagefonds, die Bestimmung des Umtauschverhältnisses und die Übernahme der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten müssen am gleichen Tag erfolgen. Es dürfen weder den Anlegern noch den Anlagefonds aus diesem Vorgang Kosten erwachsen.⁵⁶ Abs. 3 von Art. 114 KKV überträgt der FINMA zudem die Kompetenz, die Vereinigung von Anlagefonds von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig zu machen.⁵⁷ Sollten die betreffenden Anlagefonds die vorgenannten Voraussetzungen nicht erfüllen, so können diese durch die Anpassung der Fondsver-

träge⁵⁸ oder durch die Auswechslung der Fondsleitung⁵⁹ auch nachträglich geschaffen werden.⁶⁰ Im Gegensatz zur altrechtlichen Regelung der Vereinigung in der AFV ist es hingegen nicht mehr erforderlich, dass diese bei derselben Depotbank aufbewahrt werden.⁶¹ Nicht explizit verlangt wird in Art. 114 KKV zudem die Zustimmung der Depotbank zur Vereinigung. Eine solche ist auch nicht zwingend, kann aber von der FINMA gestützt auf Art. 114 Abs. 3 KKV verlangt werden.⁶²

1.3 Verfahren

1.3.1 Verfahrensablauf

Die verfahrensrechtlichen Vorschriften finden sich in Art. 115 KKV. Die FINMA hat zudem in ihrer Mitteilung Nr. 33 ergänzende Ausführungen zum Vereinigungsverfahren gemacht.⁶³ Grundsätzlich haben die Fondsverträge der beteiligten Anlagefonds selbst das Verfahren zur Vereinigung zu regeln,⁶⁴ wobei der Verordnungsgeber hinsichtlich der Bestimmungen über die Information der Anleger⁶⁵ sowie der Prüfungspflichten der Prüfgesellschaft⁶⁶ Mindestanforderungen stellt. Die Vereinigung von Anlagefonds ist zudem immer auch eine «Änderung der Umstände» i.S.v. Art. 16 KAG und bedarf der Bewilligung bzw. der Genehmigung der FINMA.⁶⁷

Die FINMA verlangt, dass ihr mindestens einen Monat vor dem beabsichtigten Publikationsdatum bzw. vor der Information der Anleger ein Vorgesuch zugesandt wird.⁶⁸ Sofern anhand des Vorgesuchs für

⁵³ Siehe hierzu Art. 26 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 35a Abs. 1 lit. p KKV; Art. 115 Abs. 2 KKV.

⁵⁴ Art. 114 Abs. 1 lit. c KKV verweist hierbei auf die ausser Kraft gesetzte Bestimmung von Art. 26 Abs. 3 altKAG. Die entsprechenden Bestimmungen finden sich neu unter Art. 26 Abs. 3 KAG i.V.m. Art. 35a Abs. 1 lit. c, i, j und k KKV.

⁵⁵ Vgl. FINMA-Mitteilung 33 (2012), S. 3. Die Übereinstimmung der involvierten Fondsverträge hat bereits vor Beginn des Vereinigungsverfahrens zu bestehen. Andernfalls muss ein Verfahren zur Abänderung eines der Fondsverträge erfolgen, welches gleichzeitig mit dem Vereinigungsverfahren erfolgen kann.

⁵⁶ Mit diesen Anforderungen wird gewährleistet, dass der Anleger durch eine Vereinigung nicht eine andere Anlagepolitik oder das mit einer Anlage ursprünglich eingegangene Risiko hinnehmen muss. Es wird ebenfalls sichergestellt, dass der Anleger hinsichtlich seiner Rechte und Pflichten und der Kosten weitgehend gleich gestellt ist. Vgl. *Stahelin/Bopp* (Fn. 19), N 15 zu Art. 95.

⁵⁷ Die Kompetenz zur Schaffung weitergehender Voraussetzungen gilt insbesondere für Immobilienfonds. Vgl. dazu *Thomas Jutzi*, Das Übernahme- und Abtretungsverbot im Recht der kollektiven Kapitalanlagen, AJP 8/2012, 1136 ff.

⁵⁸ Art. 27 KAG.

⁵⁹ Art. 34 KAG.

⁶⁰ *Stahelin/Bopp* (Fn. 19), N 17 zu Art. 95.

⁶¹ Dieses altrechtliche Erfordernis nach Art. 7a Abs. 1 lit. b AFV wurde weder im KAG noch im KKV wiederaufgenommen. Siehe dazu *Sierro* (Fn. 30), N 363.

⁶² Anderer Meinung *Sierro* (Fn. 30), N 363, der eine Vereinigung ohne Einholung der Zustimmung der beteiligten Depotbanken sogar für ungültig hält.

⁶³ FINMA-Mitteilung 33 (2012), S. 3 f.

⁶⁴ Art. 115 Abs. 2 KKV.

⁶⁵ Art. 115 Abs. 2 lit. a KKV.

⁶⁶ Art. 115 Abs. 2 lit. b KKV.

⁶⁷ *Hasenböhler* (Fn. 12), N 537. Vgl. dazu weiter die FINMA-Mitteilung 42 (2012), S. 3 ff.

⁶⁸ Das Vorgesuch hat dabei einen Prospekt mit integriertem Fondsvertrag, änderungsmarkierte Versionen, einen Vereinigungsplan sowie einen Bericht der Prüfgesellschaft und einen Publikationsentwurf zu enthalten. Vgl. dazu FINMA-Mitteilung 33 (2012), S. 3 f. und *Stahelin/Bopp* (Fn. 19), N 20 zu Art. 95.

die FINMA erkennbar ist, dass die Voraussetzungen für eine Vereinigung erfüllt sind, ist der Gesuchsteller befugt, die bevorstehende Vereinigung zu veröffentlichen bzw. die Anleger zu informieren. Die Publikation hat dabei mindestens zwei Monate vor dem veranschlagten Vereinigungsdatum zu erfolgen.⁶⁹ Zu einem späteren Zeitpunkt hat der Gesuchsteller das definitive Gesuch zusammen mit dem rechtsgültig unterzeichneten Prospekt mit integriertem Fondsvertrag und den Belegen für die Publikation bei der FINMA einzureichen. Nach Ablauf der Fristen kann die FINMA die Vereinigung und allfällige Fondsvertragsänderungen genehmigen.⁷⁰ Falls der Prozess der Vereinigung voraussichtlich mehr als einen Tag andauern sollte, ist die FINMA befugt, einen befristeten Aufschub der Rückzahlung mittels Bewilligung zu gewähren.⁷¹ Die beauftragte Prüfgesellschaft hat die ordnungsgemässe Durchführung sowie den Vollzug der Vereinigung zu begleiten und die Einhaltung der massgeblichen Bestimmungen zu prüfen. Ihre Feststellungen hat sie der Fondsleitung sowie der FINMA in einer schriftlichen Stellungnahme mitzuteilen.⁷² Schliesslich muss die Fondsleitung die FINMA über den Vollzug der Vereinigung informieren⁷³ und den Vollzug der Vereinigung, die Bestätigung der Prüfgesellschaft und das Umtauschverhältnis in den Publikationsorganen veröffentlichen.⁷⁴ Die Fondsleitung hat die Vereinigung im nächsten Jahresbericht des übernehmenden Anlagefonds zu thematisieren.⁷⁵ Anschliessend wird der übertragende Anlagefonds im Rahmen der Vereinigung ohne Durchführung eines Liquidationsverfahrens aufgelöst. Der Fondsvertrag des übernehmenden Anlagefonds gilt fortan neu auch für den übertragenden Anlagefonds.⁷⁶ Die Anleger des über-

tragenden Anlagefonds erhalten Anteile am übernehmenden Anlagefonds in entsprechender Höhe.⁷⁷

1.3.2 Schutz der Anleger

Die verfahrensrechtlichen Vorschriften bezwecken, die Interessen der Anleger der übertragenden und übernehmenden Anlagefonds sicherzustellen.⁷⁸ Die Übereinstimmung der Fondsverträge beruht auf diesen Anlegerschutzüberlegungen.⁷⁹ Nebst dieser Vorschrift geht der Anlegerschutz im Rahmen der Vereinigung allerdings nicht sonderlich weit: Art. 115 Abs. 2 lit. a KKV schreibt als Mindestvorschrift vor, dass der Anleger über eine bevorstehende Vereinigung zu informieren ist.⁸⁰ Die Begleitung der Vereinigung durch eine Prüfgesellschaft ist ein weiteres Instrument zur Sicherstellung des Anlegerschutzes. Sofern das geplante Vereinigungsverfahren eine Abänderung des Fondsvertrags beinhaltet, haben die Anleger nach Art. 27 Abs. 3 KAG die Möglichkeit, innert 30 Tagen Einwendungen gegen die Vereinigung zu erheben. Ohne eine solche Anpassung des Fondsvertrags hat der Anleger jedoch keine Einwendungsmöglichkeiten,⁸¹ d.h., im Falle einer unerwünschten Vereinigung bleibt dem Anleger somit nur die Exit-Strategie: Er kann die Rückgabe seiner Anteile verlangen⁸² oder die Anteile veräussern.⁸³

2. Umwandlung

Mit der Revision des KAG wurde im Jahr 2013 das Umstrukturierungsinstrument der Umwandlung eingeführt. Art. 95 Abs. 1 lit. b KAG lautet: «*Folgende Umstrukturierungen von offenen kollektiven Kapitalanlagen sind zulässig: [...] b. die Umwandlung in eine andere Rechtsform einer kollektiven Kapitalanlage; [...]»*. Die Umwandlung nach KAG ist mit der Umwandlung nach Art. 53 ff. FusG vergleichbar. Da sowohl der vertragliche Anlagefonds⁸⁴ wie auch die SICAV⁸⁵ keine Umwandlungen nach FusG durch-

⁶⁹ FINMA-Mitteilung 33 (2012), S. 4.

⁷⁰ FINMA-Mitteilung 33 (2012), S. 4.

⁷¹ Art. 115 Abs. 3 KKV. Eine solche Bewilligung setzt voraus, dass im Vereinigungsgesuch ein entsprechender Antrag gestellt wird und ebenso erläutert wird, weshalb die Vereinigung voraussichtlich mehr als einen Tag benötigen wird (FINMA-Mitteilung 33 [2012], S. 3).

⁷² Vgl. dazu FINMA-Mitteilung 33 (2012), S. 4; *Hasenböhler* (Fn. 12), N 541.

⁷³ Art. 115 Abs. 4 KKV.

⁷⁴ FINMA-Mitteilung 33 (2012), S. 4.

⁷⁵ Fällt die Vereinigung nicht auf den ordentlichen Jahresabschluss, so ist sie im vorher zu erstellenden Jahresbericht aufzuführen. Vgl. FINMA-Mitteilung 33 (2012), S. 4.

⁷⁶ FINMA-Mitteilung 33 (2012), S. 3.

⁷⁷ Art. 115 Abs. 1 KKV.

⁷⁸ *Sierro* (Fn. 30), N 362; *Staehein/Bopp* (Fn. 19), N 15 zu Art. 95.

⁷⁹ FINMA-Mitteilung 33 (2012), S. 3.

⁸⁰ *Hasenböhler* (Fn. 12), N 540.

⁸¹ *Staehein/Bopp* (Fn. 19), N 21 zu Art. 95.

⁸² Art. 8 Abs. 2 KAG.

⁸³ *Staehein/Bopp* (Fn. 19), N 21 zu Art. 95.

⁸⁴ Vgl. dazu vorne II.2.

⁸⁵ Vgl. dazu hinten IV.2.1.

führen können, war allerdings eine explizite gesetzliche Statuierung der Umwandlung im KAG erforderlich.

2.1 Zulässige Umwandlungen

Als Ausgangsobjekte der Umwandlung kommen gemäss dem Wortlaut von Art. 95 Abs. 1 lit. b KAG einzig offene kollektive Kapitalanlagen – d.h. der vertragliche Anlagefonds und die SICAV – infrage; die KGK und die SICAF können keine kollektivanlagerechtliche Umwandlung vornehmen.⁸⁶ Hinsichtlich des Zielobjekts der Umwandlungen gibt es zwischen den verschiedenen sprachlichen Fassungen des KAG Diskrepanzen: Aus dem Wortlaut der deutschen Fassung von Art. 95 Abs. 1 lit. b KAG ergibt sich, dass der vertragliche Anlagefonds bzw. die SICAV in «andere Rechtsformen einer kollektiven Kapitalanlage» umgewandelt werden können. Gemäss dieser Fassung sind die zur Verfügung stehenden Rechtsformen der Umwandlung nicht auf offene kollektive Kapitalanlagen beschränkt, sondern umfassen sämtliche kollektiven Kapitalanlageformen des KAG. Die Botschaft zur Revision des KAG nennt hierzu beispielhaft die Möglichkeit zur Umwandlung eines vertraglichen Anlagefonds in eine SICAV sowie *vice versa*.⁸⁷ Die französische und die italienische Fassung von Art. 95 Abs. 1 lit. b KAG («la transformation d'un placement collectif en une autre forme juridique» bzw. «la trasformazione di un investimento collettivo di capitale in un'altra forma giuridica») schränken die möglichen Zielobjekte ihrem Wortlaut nach nicht auf kollektive Kapitalanlagen ein, sondern erlauben die Umwandlung in jegliche andere zur Verfügung stehende Rechtsform. Die Ausführungen in der französischen Version der Botschaft zur Revision des KAG lösen diesen Widerspruch nicht auf. Bei der italienischen und fran-

zösischen Fassung von Art. 95 Abs. 1 lit. b KAG dürfte allerdings ein gesetzgeberisches Versehen vorliegen. Eine Umwandlung einer kollektiven Kapitalanlage in eine andere, nicht KAG-konforme Rechtsform ist bereits aus Anlegerschutzgründen nicht realisierbar.

2.2 Voraussetzungen und Verfahren

Das KAG regelt weder die Voraussetzungen noch das Verfahren der Umwandlung.⁸⁸ Abs. 2 von Art. 95 KAG schreibt einzig vor, dass eine Umwandlung erst nach Genehmigung der FINMA im Handelsregister eingetragen werden darf.⁸⁹ Die Botschaft zur Revision des KAG hält hierzu fest, dass diese Genehmigung erst dann erteilt werden kann, wenn sämtliche gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.⁹⁰ Dabei ist zu beachten, dass bei einer Umwandlung der Rechtsträger sein rechtliches Gewand wechselt und er somit die Vorschriften der Zielgesellschaft erfüllen bzw. die Einhaltung derselben nachweisen muss. Ohne diesen Nachweis kann die FINMA die Umwandlung nicht genehmigen.

3. Vermögensübertragung

Die Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG setzt für den übertragenden Rechtsträger u.a. einen Handelsregistereintrag voraus.⁹¹ Da der vertragliche Anlagefonds diese Voraussetzung nicht erfüllt, ist eine Anwendung von Art. 69 ff. FusG auf diesen als übertragenden Rechtsträger ausgeschlossen.⁹² Offen ist hingegen die Frage, ob der vertragliche Anlagefonds als übernehmender Rechtsträger an einer Vermögensübertragung teilnehmen kann. Voraussetzung hierfür ist, dass der vertragliche Anlagefonds als «Rechtsträger des Privatrechts» i.S.v. Art. 69 Abs. 1 FusG qualifiziert wird.

Tagmann befürwortet eine extensive Anwendbarkeit des Instituts der Vermögensübertragung nach FusG im Bereich des vertraglichen Anlage-

⁸⁶ Vgl. dazu hinten V.1.2 und V.2.1.

⁸⁷ Botschaft (Fn. 10), 3677. Widersprüchlich wirken allerdings die Ausführungen in der Botschaft zur Revision des KAG zu Abs. 2 von Art. 95: «Die Umwandlung einer offenen kollektiven Kapitalanlage in eine andere Rechtsform einer offenen kollektiven Kapitalanlage (Abs. 1 Bst. b) [...] darf erst nach der Genehmigung durch die FINMA in das Handelsregister eingetragen werden» [Botschaft (Fn. 10), 3678]. Entgegen dem Wortlaut der deutschen Fassung von Art. 95 Abs. 1 lit. b KAG erwecken diese Ausführungen den Eindruck, als wäre eine Umwandlung lediglich in eine der Rechtsformen der offenen kollektiven Kapitalanlagen möglich.

⁸⁸ In der KKV finden sich ebenfalls keine ausführenden Bestimmungen zur Umwandlung nach Art. 95 Abs. 1 lit. b KAG.

⁸⁹ In Art. 15 Abs. 1 lit. a–d KAG listet der Gesetzgeber – abgestuft nach der jeweiligen Rechtsform der kollektiven Kapitalanlage – auf, welche Dokumente genehmigungspflichtig sind.

⁹⁰ Botschaft (Fn. 10), 3677.

⁹¹ Art. 69 Abs. 1 FusG.

⁹² Tagmann (Fn. 19), 101 und 106.

fonds. Er begründet dies einerseits mit einer weiten, autonomen Auslegung des Begriffs des Rechtsträgers des Privatrechts.⁹³ Weiter führt er ins Feld, dass ein Grossteil der Lehre die Notwendigkeit eines Handelsregistereintrags für den übernehmenden Rechtsträger verneine.⁹⁴ Dies spreche ebenfalls für eine Anwendbarkeit von Art. 69 ff. FusG auf den vertraglichen Anlagefonds als übernehmenden Rechtsträger. Gegen die Anwendbarkeit der Vermögensübertragung sprechen allerdings die Erläuterungen in der Botschaft zum KAG. Diese führt aus, dass der Begriff der Umstrukturierung nach Art. 95 Abs. 1 KAG «als Oberbegriff für Umstrukturierungstatbestände, welche beim vertraglichen Anlagefonds und der SICAV eintreten können [...]» gilt.⁹⁵ Dies macht den Anschein, als beabsichtigte der Gesetzgeber eine abschliessende Regelung der möglichen Umstrukturierungsinstrumente sowohl für den vertraglichen Anlagefonds als auch für die SICAV. Letztlich geht es aber bei der Frage der Anwendbarkeit von Art. 69 ff. FusG im Wesentlichen sinngemäss um dieselben Argumente, welche die Lehre bereits für die Nichtanwendbarkeit von Art. 181 OR für den vertraglichen Anlagefonds herangezogen hat: den abschliessenden Charakter der Aufzählung in Art. 95 Abs. 1 KAG sowie den *Lex-specialis*-Charakter der Bestimmung von Art. 95 Abs. 1 lit. a KAG. *Stahelin/Bopp* qualifizierten die Bestimmung von Art. 95 Abs. 1 lit. a altKAG denn auch zu Recht als *Lex specialis* zum FusG als *Lex generalis*.⁹⁶ Auch aus systematischen Überlegungen ist die Anwendbarkeit der Vermögensübertragung nach FusG nicht gegeben. In Art. 95 Abs. 1 lit. c KAG hat der Gesetzgeber für die SICAV explizit das Instrument der Vermögensübertragung nach FusG für anwendbar erklärt. Von derselben Vorgehensweise für den vertraglichen Anlagefonds hat der Gesetzgeber hingegen abgesehen und vielmehr das Instrument der Vereinigung geschaffen. Die von *Tagmann* vertretene extensive Auslegung des Art. 69 Abs. 1 FusG steht deshalb m.E. in Konflikt mit dem Willen des Gesetzgebers. Es ergibt überdies bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise keinen Sinn, dass die Vermögensübertragung nach FusG dem vertraglichen Anlagefonds lediglich als übernehmendem,

nicht jedoch als übertragendem Rechtsträger offenstehen soll.

4. Singularsukzession

Wie bereits erwähnt, ist eine Vereinigung lediglich zwischen zwei Anlagefonds sowie einem Anlagefonds als übertragendem Rechtsträger und einer SICAV als übernehmendem Rechtsträger möglich.⁹⁷ Die Übertragung von Vermögenswerten auf eine SICAF oder eine KGK ist mit dieser Umstrukturierungsart hingegen unzulässig.⁹⁸ Gleichzeitig ist eine Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG mit einem vertraglichen Anlagefonds als übertragendem Rechtsträger ausgeschlossen.⁹⁹ Um die Übertragung von Vermögenswerten vom vertraglichen Anlagefonds auf die KGK oder die SICAF zu ermöglichen, schlägt *Tagmann* den Weg über Singularsukzessionen vor.¹⁰⁰ Dies ist m.E. grundsätzlich möglich, allerdings ist dabei zu beachten, dass die Einzelübertragung des gesamten Vermögens nicht gestützt auf ein eigenes Umstrukturierungsinstrument erfolgen kann und deshalb der Weg über das Auflösungsverfahren nach Art. 96 f. KAG i.V.m. Art. 116 ff. KKV gewählt werden muss.

IV. Umstrukturierung von SICAV

1. Vereinigung und Umwandlung nach KAG

Seit Inkrafttreten der Revision des KAG steht die Vereinigung grundsätzlich auch der SICAV offen.¹⁰¹ Wie bereits erwähnt, dient die Vereinigung jedoch primär der Umstrukturierung von vertraglichen Anlagefonds;¹⁰² es besteht nur eine einzige Vereinigungskonstellation, bei welcher die SICAV involviert ist: Die Vereinigung eines vertraglichen Anlagefonds (als übertragendem Rechtsträger) mit einer SICAV (als übernehmendem Rechtsträger). Die SICAV kann hingegen weder als übertragender

⁹³ *Tagmann* (Fn. 19), 103.

⁹⁴ *Tagmann* (Fn. 19), 103.

⁹⁵ Botschaft (Fn. 16), 3470.

⁹⁶ *Stahelin/Bopp* (Fn. 19), N 13 zu Art. 95.

⁹⁷ Siehe dazu vorne III.1.1.

⁹⁸ *Tagmann* (Fn. 19), 103.

⁹⁹ Siehe dazu vorne III.1.1.

¹⁰⁰ *Tagmann* (Fn. 19), 102 f.

¹⁰¹ Vgl. dazu vorne II.1. Die Botschaft zur Revision des KAG hält zudem fest, dass «[...] neu Umstrukturierungen von offenen kollektiven Kapitalanlagen generell möglich sind» (Botschaft [Fn. 10], 3677).

¹⁰² Vgl. dazu vorne III.1.

Rechtsträger auftreten noch sich mit einer anderen SICAV vereinigen.¹⁰³ Immerhin steht der SICAV die kollektivanlagerechtliche Umwandlung offen. Es kann diesbezüglich auf die unter III.2 gemachten Äusserungen verwiesen werden.

2. Instrumente des FusG

2.1 Fusion, Spaltung und Umwandlung

In der Lehre wurde bereits vor der Revision des KAG kritisiert,¹⁰⁴ dass der SICAV die Umstrukturierungsinstrumente des FusG in Form der Fusion, Spaltung und Umwandlung nicht offenstehen.¹⁰⁵ Die gesetzliche Regelung belässt allerdings sowohl unter dem alten wie auch unter neuem Recht keinen Spielraum: Art. 95 Abs. 1 KAG enthält als eine – im Verhältnis zu den umstrukturierungsrechtlichen Tatbeständen des FusG – spezialgesetzliche Regelung eine abschliessende Aufzählung.¹⁰⁶ Indes wiegt diese Einschränkung für die SICAV nicht schwer, schliesslich können mittels einer Vermögensübertragung Umstrukturierungen durchgeführt werden, die – wirtschaftlich betrachtet – einer Fusion, Spaltung oder einer Umwandlung sehr nahekommen.

2.2 Vermögensübertragung

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich einzig auf die Besonderheiten, die im Rahmen einer Vermögensübertragung mit einer SICAV zu beachten sind. Hinsichtlich der Grundlagen und Voraussetzungen der fusionsrechtlichen Vermögens-

übertragung wird auf die entsprechende Literatur verwiesen.¹⁰⁷

2.2.1 Vermögensübertragung als übertragender Rechtsträger

Nach Art. 69 Abs. 1 FusG kann die SICAV an einer Vermögensübertragung als übertragender Rechtsträger teilnehmen. Unklar ist allerdings, welche übernehmenden «Rechtsträger des Privatrechts»¹⁰⁸ im Rahmen einer Vermögensübertragung mit der SICAV als übertragenden Partei infrage kommen. Die Botschaft zum KAG hält hierzu Folgendes fest: «SICAV und Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen können ihr Vermögen nur mittels Vermögensübertragung an andere kollektive Kapitalanlagen (Vermögen oder Gesellschaften) übertragen.»¹⁰⁹ Diese Aussage legt den Schluss nahe, dass Vermögensübertragungen lediglich an andere Rechtsformen des KAG zulässig sind.¹¹⁰ Eine solche Einschränkung ergibt sicher allerdings nicht aus den massgeblichen Gesetzen. Die h.L. fasst denn auch zu Recht den Kreis der zulässigen übernehmenden Rechtsträger weiter; d.h., es kommen als übernehmende Rechtsträger alle Rechtsträger des Privatrechts i.S.v. Art. 69 Abs. 1 FusG infrage.¹¹¹ Folglich können alle Gesellschaften, Stiftungen, im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen, Institute des öffentlichen Rechts, SICAV, SICAF, KGK sowie Vorsorgeeinrichtungen als übernehmende Rechtsträger an einer Transaktion mit der SICAV als übertragendem Rechtsträger teilnehmen.¹¹²

¹⁰³ Vgl. dazu vorne III.1.1.

¹⁰⁴ Patrick Hünerwadel, Neue Gesellschaftsformen im Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektiv-anlagengesetz), in: Arter/Florian (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II, Bern 2007, S. 281–305, 298; Marcel Giger, Kapitel E4–E6, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Recht der kollektiven Kapitalanlagen, Bern 2007, 96–107, 106; Andreas Albrecht, Vor Art. 3–28 FusG, in: Vischer (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht), 2. Aufl., Zürich 2012, N 3 zu Vor Art. 3–28; Cramer/Weibel (Fn. 27), N 10 zu Art. 2; Brack (Fn. 19), 225; Vogt (Fn. 27), 18; Tagmann (Fn. 19), 104 f.; Staehelin/Bopp (Fn. 19), N 24 zu Art. 95; Rebord (Fn. 21), 163; vgl. ferner auch Botschaft (Fn. 16), 6490.

¹⁰⁵ Art. 95 Abs. 1 lit. c und Art. 2 lit. a FusG i.V.m. Art. 4, 30 und 54 FusG *e contrario*.

¹⁰⁶ So bereits Tagmann (Fn. 19), 104 f.

¹⁰⁷ Statt vieler: Mario Wälti, Der Anwendungsbereich der Vermögensübertragung, Diss. Freiburg 2012, 5 ff.; Glanzmann (Fn. 26), § 8 N 166 ff.; Peter V. Kunz, Umwandlung und Vermögensübertragung im schweizerischen Fusionsrecht – Blicke zurück und nach vorne, AJP 2004, 802–814, 810 ff.

¹⁰⁸ Art. 69 Abs. 1 FusG.

¹⁰⁹ Botschaft (Fn. 16), 6490.

¹¹⁰ So auch Rebord (Fn. 21), 163 unter Verweisung auf die Botschaft zum KAG.

¹¹¹ Tagmann (Fn. 19), 105 und 111; Staehelin/Bopp (Fn. 19), N 25 zu Art. 95; Hasenböhler (Fn. 12), N 542.

¹¹² Tagmann (Fn. 19), 105, bejaht ebenfalls die Vermögensübertragung mit dem vertraglichen Anlagefonds; vgl. ferner Beretta (Fn. 35), N 7 zu Art. 69; Hasenböhler (Fn. 12), N 542; Staehelin/Bopp (Fn. 19), N 25 zu Art. 95.

2.2.2 Vermögensübertragung als übernehmender Rechtsträger

Gemäss Art. 69 Abs. 1 FusG sind «*im Handelsregister eingetragene Gesellschaften, Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen, Investmentgesellschaften mit variablem Kapital und im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen [...]*» befugt, als übertragende Rechtsträger im Rahmen einer Vermögensübertragung zu agieren. Damit die SICAV als übernehmender Rechtsträger an einer Vermögensübertragung teilnehmen kann, muss diese vom Begriff «Rechtsträger des Privatrechts» von Art. 69 Abs. 1 FusG erfasst werden. *Stahelin/Bopp* bejahen diese Subsumtion implizit, indem sie den Erhalt von Vermögenswerten durch die SICAV für zulässig erachten.¹¹³ *Hasenböhler* äussert sich nicht explizit zur SICAV als übernehmendem Rechtsträger. Er qualifiziert die SICAV jedoch als «Rechtsträger des Privatrechts» unter Verweisung auf Art. 2 lit. a FusG.¹¹⁴ *Vogt* bejaht ebenfalls die Zulässigkeit der Teilnahme der SICAV an einer Vermögensübertragung als übernehmender Rechtsträger, ohne näher auf diesen Transaktionstypus einzugehen.¹¹⁵ Schliesslich bejaht auch *Tagmann* die Subsumtion der SICAV unter den Begriff des Rechtsträgers des Privatrechts.¹¹⁶ Meines Erachtens bestehen keine Gründe, die gegen die Subsumtion der SICAV unter den Begriff des «Rechtsträgers des Privatrechts» sprechen: Mit der Einführung der SICAV wurde der *Numerus clausus* der privatrechtlichen Gesellschaftsformen erweitert und somit ein Rechtsträger des Privatrechts geschaffen, auch wenn dieser nur teilweise im OR geregelt ist.¹¹⁷

2.2.3 Voraussetzungen

Der Verweis von Art. 95 Abs. 1 lit. c KAG auf die Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG führt dazu, dass primär die Voraussetzungen nach FusG massgebend sind. Dies gilt jedoch nur, sofern das KAG nicht selbst spezialgesetzliche Regelungen aufstellt.¹¹⁸ Das KAG regelt in Art. 95 die Voraussetzungen für die Vermögensübertragungen nicht; es enthält einzig den Hinweis, dass eine Umstrukturierung

i.S.v. Art. 95 Abs. 1 lit. c KAG erst ins Handelsregister eingetragen werden darf, wenn die FINMA die Umstrukturierung i.S.v. Art. 15 KAG genehmigt hat.¹¹⁹ Die Voraussetzungen für eine Vermögensübertragung mit der SICAV als übertragendem Rechtsträger richten sich nach Art. 114 KKV. Gemäss Art. 114 Abs. 2 KKV kommt Abs. 1, welcher die Voraussetzungen für die Vereinigung von Anlagefonds umschreibt, sinngemäss für Vermögensübertragungen mit der SICAV als übertragendem Rechtsträger zur Anwendung.¹²⁰ Die FINMA ist zudem ermächtigt, die Vermögensübertragung einer SICAV von ergänzenden Voraussetzungen abhängig zu machen.¹²¹

2.2.4 Verfahren

Hinsichtlich des Ablaufs des Verfahrens gilt primär das FusG, sofern das KAG bzw. dessen Ausführungsbestimmungen nicht Sonderregeln enthalten.¹²² Zum Ablauf des Verfahrens findet sich in Art. 95 Abs. 2 KAG der Hinweis, dass die Eintragung der Vermögensübertragung erst nach Einholung der Genehmigung nach Art. 15 KAG bei der FINMA zulässig ist. Darüber hinaus finden sich keine weiteren Verfahrensbestimmungen im KAG. Zum Verfahrensablauf äussert sich hingegen die KKV in Art. 115 Abs. 5. Gemäss dieser Bestimmung sind die Anforderungen von Art. 115 Abs. 2–4 KKV für Vermögensübertragungen im Zusammenhang mit einer SICAV als übertragendem Rechtsträger sinngemäss anwendbar.¹²³

V. Umstrukturierung von geschlossenen kollektiven Kapitalanlagen

1. Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen

Aus dem Wortlaut von Art. 95 KAG ergibt sich, dass dessen Anwendungsbereich ausschliesslich offene kollektive Kapitalanlagen umfasst. Geschlossene kollektive Kapitalanlagen werden hingegen nicht von dieser Norm erfasst. Bei einer Durchsicht

¹¹³ *Stahelin/Bopp* (Fn. 19), N 25 zu Art. 95.

¹¹⁴ *Hasenböhler* (Fn. 12), N 542.

¹¹⁵ *Vogt* (Fn. 27), 18.

¹¹⁶ *Tagmann* (Fn. 19), 105.

¹¹⁷ Vgl. *Jutzi* (Fn. 13), 62 ff.

¹¹⁸ *Tagmann* (Fn. 19), 105.

¹¹⁹ Art. 95 Abs. 2 KAG.

¹²⁰ Vgl. dazu vorne III.1.2.1.

¹²¹ Art. 114 Abs. 3 KKV.

¹²² *Tagmann* (Fn. 19), 105.

¹²³ Vgl. dazu vorne III.1.2.1.

des KAG ist weiter festzustellen, dass dieses für die Umstrukturierung von geschlossenen kollektiven Kapitalanlagen überhaupt keine Bestimmungen enthält. Infolgedessen stellen das FusG sowie das OR die für die Umstrukturierung von geschlossenen kollektiven Kapitalanlagen massgeblichen Rechtsgrundlagen dar.¹²⁴

1.1 Umstrukturierungsmöglichkeiten

1.1.1 Vermögensübertragung

Mit der Inkraftsetzung des KAG zu Beginn des Jahres 2007 wurde gleichzeitig Art. 2 lit. a FusG bzw. der Begriff des Rechtsträgers um die KGK erweitert.¹²⁵ Gleichzeitig mit der Anpassung von Art. 2 lit. a FusG wurde auch die Aufzählung in Art. 69 Abs. 1 FusG um die KGK erweitert.¹²⁶ Diese beiden Anpassungen des FusG haben zur Folge, dass die KGK befugt ist, Vermögensübertragungen sowohl als übertragende wie als übernehmende Gesellschaft vorzunehmen.¹²⁷

1.1.2 Fusion, Spaltung und Umwandlung

Aus dem integralen Verweis von Art. 99 KAG auf das Recht der Kommanditgesellschaft nach OR¹²⁸ könnte *prima vista* der Schluss gezogen werden, dass für die KGK im Hinblick auf das FusG dieselben Regeln wie für Kommanditgesellschaft nach OR gelten.¹²⁹ Die KGK kann allerdings eine Umstrukturierung weder über eine Fusion, eine Spaltung noch über eine Umwandlung vollziehen.¹³⁰ Dies deshalb, weil die KGK nicht als Gesellschaft i.S.v. Art. 2 lit. b FusG gilt bzw. die dortige Aufzählung nicht um die KGK erweitert wurde.¹³¹ Der Gesetzge-

ber wollte die Fusion¹³², Spaltung¹³³ und Umwandlung¹³⁴ nicht für die KGK zulassen. Dadurch wird auch die Verweisung von Art. 99 KAG auf das Recht der Kommanditgesellschaft nach OR relativiert und der KGK verbleibt einzig die Umstrukturierung über Vermögensübertragungen nach Art. 69 ff. FusG.

1.2 Voraussetzungen und Verfahren der Vermögensübertragung

Das KAG und die KKV enthalten weder Vorschriften zu den Voraussetzungen noch zum Verfahren der Vermögensübertragung für die KGK. Massgebend sind deshalb die Bestimmungen von Art. 69 ff. FusG. *Tagmann* plädiert daher dafür, Art. 114 Abs. 1 und Art. 115 Abs. 2–4 KKV analog auch bei Umstrukturierungen der KGK heranzuziehen. Er sieht im Fehlen von entsprechenden Vorschriften im KAG m.E. zu Recht eine echte Lücke, die es im Hinblick auf einen ausgeglichenen Anlegerschutz zu schliessen gelte.¹³⁵ Auf alle Fälle ist die Vermögensübertragung eine Änderung der Umstände nach Art. 16 KAG.¹³⁶ Die KGK ist demzufolge verpflichtet, eine entsprechende Umstrukturierung von der FINMA vorgängig genehmigen zu lassen.

2. SICAF

Gemäss Art. 110 KAG handelt es sich bei der SICAF um eine AG i.S.v. Art. 620 ff. OR. Aus Art. 112 KAG folgt weiter, dass auf die SICAF subsidiär die Bestimmungen des Aktienrechts zur Anwendung gelangen. Dieser Verweis darf allerdings nicht zu eng aufgefasst werden, d.h., er umfasst m.E. nebst dem OR auch das FusG, sofern nicht anderweitige Bestimmungen des KAG dem entgegenstehen.¹³⁷ Dies zeigt sich darin, dass die SICAF auf Grund ihrer Stellung als «gewöhnliche» Aktiengesellschaft unter den Begriff der «Aktiengesellschaft» bzw. der «Kapitalgesellschaft» gemäss Art. 2 lit. c FusG subsumiert wird.¹³⁸ In Bezug auf die SICAF lässt sich

¹²⁴ Botschaft (Fn. 10), 3677.

¹²⁵ Die KGK gilt allerdings nicht als Gesellschaft i.S.v. Art. 2 lit. b FusG. Vgl. *Cramer/Weibel* (Fn. 27), N 13 zu Art. 2; *Tagmann* (Fn. 19), 107.

¹²⁶ *Beretta* (Fn. 35), N 1 zu Art. 69.

¹²⁷ Botschaft (Fn. 16), 6490; vgl. ferner auch *Vogt* (Fn. 27), 11; *Rebord* (Fn. 21), 163; *Cramer/Weibel* (Fn. 27), N 10 zu Art. 2; *Hasenböhler* (Fn. 12), N 544 und 646; *Brack* (Fn. 19), 301.

¹²⁸ Art. 594 ff. OR.

¹²⁹ Es steht der Kommanditgesellschaft nach OR frei, zu fusionieren sowie Umwandlungen durchzuführen; die Spaltung einer Kommanditgesellschaft nach OR ist hingegen nicht zulässig. Vgl. dazu *Brack* (Fn. 19), 301 f.

¹³⁰ Vgl. Art. 2 lit. a, Art. 4, 30 und 54 FusG (*e contrario*).

¹³¹ *Cramer/Weibel* (Fn. 27), N 10 zu Art. 2.

¹³² Art. 3 ff. FusG.

¹³³ Art. 29 ff. FusG.

¹³⁴ Art. 56 ff. FusG.

¹³⁵ *Tagmann* (Fn. 19), 108.

¹³⁶ Vgl. dazu die FINMA-Mitteilung 42 (2012), S. 3 ff.

¹³⁷ So auch *Glanzmann* (Fn. 26), § 4 N 25a.

¹³⁸ Botschaft (Fn. 10), 3677; vgl. auch *Cramer/Weibel* (Fn. 27), N 10 zu Art. 2; *Hasenböhler* (Fn. 12), N 701;

weiter konstatieren, dass das KAG keine eigenständigen Vorgaben zur Thematik der Umstrukturierung enthält. Folglich richtet sich die Umstrukturierung einer SICAF ausschliesslich nach den Vorgaben des OR bzw. des FusG.

2.1 Umstrukturierungsmöglichkeiten

Als gewöhnliche Aktiengesellschaft stehen der SICAF sämtliche Umstrukturierungsinstrumente des FusG – die Fusion, die Spaltung, die Umwandlung sowie die Vermögensübertragung – offen.¹³⁹

2.2 Voraussetzungen und Verfahren

Da die Umstrukturierung einer SICAF in den Anwendungsbereich des FusG fällt, sind ebenfalls die vom FusG vorgeschriebenen Voraussetzungen für das jeweilige Umstrukturierungsinstitut massgebend.¹⁴⁰ Dasselbe gilt für den Ablauf des Verfahrens.¹⁴¹ Zudem ist zu berücksichtigen, dass je nach Umstrukturierungsart entweder Art. 15 oder 16 KAG tangiert ist.¹⁴² Die SICAF ist demzufolge verpflichtet, eine entsprechende Umstrukturierung von der FINMA vorgängig genehmigen zu lassen.¹⁴³

VI. Fazit

Der Erlass des KAG im Jahr 2007 und die Revision desselben im Jahr 2013 haben die Umstrukturierungsmöglichkeiten von kollektiven Kapitalanlagen erweitert und die Verfahren vereinfacht. Für kollektive Kapitalanlagen bestehen nun weitgehende Umstrukturierungsmöglichkeiten. Allerdings wurden nicht alle offenen Fragen geklärt. Das Zusammenspiel diverser, sich teilweise überlagernder Rechtsgrundlagen führt dazu, dass ungewollte Lücken entstehen. Zudem wurde die Teilrevision des KAG nicht vollständig auf Verordnungsstufe umgesetzt. Nicht abschliessend bzw. klar geregelt sind u.a. die zulässigen Kombinationen der Vereinigungen,¹⁴⁴ das Verfahren der Vereinigung bei der SICAV,¹⁴⁵ die zulässigen Umwandlungen,¹⁴⁶ das Verfahren der Umwandlung¹⁴⁷ sowie der Anwendungsbereich der fusionsrechtlichen Vermögensübertragung bei kollektiven Kapitalanlagen.¹⁴⁸ Obschon diese Fragen durch eine systematische und teleologische Analyse der massgeblichen Bestimmung geklärt werden können, bleibt zu hoffen, dass – zur Gewährleistung einer umfassenden Rechtssicherheit – die Lücken im Rahmen der nächsten KAG-Revision geschlossen werden.

Brack (Fn. 19), 359.

¹³⁹ *Brack* (Fn. 19), 359.

¹⁴⁰ *Tagmann* (Fn. 19), 109.

¹⁴¹ *Brack* (Fn. 19), 359.

¹⁴² Vgl. dazu die FINMA-Mitteilung 42 (2012), S. 3 ff.

¹⁴³ *Tagmann* (Fn. 19), 108.

¹⁴⁴ Vgl. III.1.1.

¹⁴⁵ Vgl. IV.1.2.1.

¹⁴⁶ Vgl. III.2.1.

¹⁴⁷ Vgl. III.2.2.

¹⁴⁸ Vgl. III.3 und IV.2.2.