



Advisory



Project Management



Training



In- and Outsourcing

FIDLEG/FINIG – Was ändert sich für Trustees?

Der Trust und seine verschiedenen Gestaltungsformen genossen in der Schweiz aus finanzregulatorischer Sicht seit langem, trotz seiner rechtlichen Anerkennung durch das Haager Trust Übereinkommen im Jahr 2007, wenig Aufmerksamkeit. Die Geschäftstätigkeit als Trustee war - abgesehen vom Geldwäschereigesetz («GWG») - nicht reguliert. Das bedeutete, dass sich in der Schweiz jeder als professioneller Trustee betätigen konnte, ohne Registrierung-, Bewilligungs- oder Mindestkapitalvorschriften einhalten zu müssen.

Mit Inkrafttreten des Finanzdienstleistungsgesetzes ("FIDLEG") und des Finanzinstitutsgesetzes ("FINIG") am 1.1.2020 ändert sich das nun für in der Schweiz operierende Trustees und entsprechende Dienstleister. In Anlehnung an das europäische Regulierungspaket MIFID II werden Finanzinstitute, und Trustees gelten neu als solche, Bewilligungspflichten unterstellt (FINIG) sowie Finanzdienstleistern konkrete Verhaltensvorschriften vorgegeben (FIDLEG). Das FIDLEG und das FINIG sollen zusammen die Stärkung des Kundenschutzes erreichen und den schweizerischen Finanzplatzes schützen.

Dieser Artikel dient einem ersten Überblick über die neuen Vorschriften für in der Schweiz aktive Trustees unter dem neuen Regulierungspaket FIDLEG/FINIG.

Marc Blumenfeld

6. Mai 2019

I. Welche neuen Gesetze müssen Trustees beachten?

a) FINIG

Das FINIG regelt die staatliche Aufsicht über alle Finanzinstitute (Art. 1 FINIG). Weil zur Geschäftstätigkeit von Trustees die Verwaltung von Vermögenswerten eines Trusts gehört, gelten gewerbsmässig tätige Trustees ausdrücklich als Finanzinstitute (Art. 2 lit. b FINIG) und sind damit unabhängig von ihrer Rechtsform den Bewilligungsvoraussetzungen des FINIG unterstellt.

Was als gewerbsmässig gilt, steht noch nicht ganz fest. Gemäss dem Entwurf zur Finanzinstitutsverordnung («E-FINIV») ist ein Trustee dann gewerbsmässig, wenn er (i) einen Bruttoerlös von mehr als CHF 50'000 erzielt, (ii) pro Jahr mit mehr als 20 Parteien wiederkehrende Geschäftsbeziehungen unterhält, (iii) mehr als CHF 5 Mio Vermögen verwaltet, oder (iv) Transaktionen im Umfang von über CHF 2 Mio. durchführt (Art. 11 Abs. 1 E-FINIV). Insofern gelten für alle – also auch ausländische – in der Schweiz tätigen Trustees konkrete Pflichten und Vorschriften aus FINIG (vgl. nachstehend III.).

Gemäss Art. 17 Abs. 2 FINIG gilt das FINIG für Trustees von Trusts im Sinne des Haager Trust Übereinkommen («HTÜ», SR 0.221.371). Hieraus ergeben sich einige Abgrenzungsfragen. Zum Beispiel ist nicht leicht nachzuvollziehen warum die privatnützige liechtensteinische Familienstiftung nicht dem Trust gleichzusetzen und das gewerbsmässige Erbringen von Dienstleistungen im Zusammenhang mit solchen Stiftungen nicht

ebenfalls dem FINIG unterstellt werden soll. Mit Blick auf den Gesetzeszweck lässt sich diese Ungleichbehandlung jedenfalls kaum begründen.

Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich aus der Frage, ob ausschliesslich an der formellen Position angeknüpft werden soll oder ob nicht vielmehr relevant ist, dass jemand sich effektiv als Trustee betätigt. In der Praxis verschwimmen die Grenzen schnell. Ein Schweizer Unternehmen kann zum Beispiel Administrator oder Protector von ausländischen Trusts sein, den Settlor und/oder Begünstigte beraten, oder gegenüber dem Trustee als Vertreter des Settlors und/oder der Begünstigten auftreten. Nicht selten werden mehrere dieser Rollen gleichzeitig ausgeübt. Streng nach Gesetzestext (Art. 2 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 17 Abs. 2 FINIG) wäre zum Beispiel der Schweizer Administrator dem FINIG nicht unterstellt. Orientiert man sich hingegen am Gesetzeszweck (Art. 1 Abs. 2 FINIG) könnte auch das Gegenteil geschlossen werden.

Es ist zu wünschen, dass der Regulator oder sogar der Gesetzgeber diese grundlegenden Fragen klärt und für Rechtssicherheit sorgt. Für längerfristig orientierte Marktteilnehmer, die formell nicht als Trustees amten, lohnt es sich unserer Meinung nach, sich nicht allzu stark auf den Gesetzeswortlaut zu verlassen.

b) FIDLEG

Das FIDLEG definiert einheitliche Regeln zur Erbringung von Finanzdienstleistungen. Demnach sollen alle in der Schweiz tätigen

Finanzdienstleister klaren «Spielregeln» auf dem Schweizer Finanzmarkt unterstehen. Insbesondere werden zahlreiche Verhaltenspflichten definiert. Beispiele solcher Pflichten sind Informations-, Dokumentations-, Transparenz-, sowie Sorgfaltspflichten zum Schutze des Kunden.

Trustees halten und verwalten zwar Vermögen im Interesse der Begünstigten, ihre Tätigkeit fällt jedoch nicht unter die Definition der «Vermögensverwaltung» des FIDLEG (Art. 3 Bst. c Ziff. 3 FIDLEG). Dementsprechend unterstehen Trustees auch nicht dem FIDLEG.

Trustees treten aber als Empfänger von Finanzdienstleistungen auf dem Finanzmarkt auf und sind deshalb dennoch vom FIDLEG betroffen. Banken und Vermögensverwalter, welche für Trustees arbeiten, müssen die vom FIDLEG definierten Verhaltenspflichten auch auf Trusts anwenden. Zum Beispiel muss die Bank auch bei Konten, die zu einem Trustvermögen gehören, muss den Kunden klassifizieren. Oder ein Vermögensverwalter, der im Auftrag des Trustees das Vermögen eines Trusts verwaltet, muss dokumentieren, dass er gegenüber dem Kunden seine Informationspflichten erfüllt hat.

II. Welche Pflichten haben Trustees neu unter dem FINIG?

Damit Trustees in der Schweiz operieren dürfen, müssen sie nach FINIG neu folgende regulatorische Anforderungen erfüllen:

- **Bewilligungspflicht «Trustlizenz»** (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 61 Abs. 2 FINIG): Die wohl bedeutendste regulatorische Änderung besteht darin, dass Trustees zur Ausübung ihrer Tätigkeit nun eine Bewilligung der FINMA benötigen. Gleichzeitig wird eine laufende Aufsicht durch eine der FINMA unterstehenden Aufsichtsorganisation ("AO") über in der Schweiz operierende Trustees eingeführt. Die AO hat zu prüfen, ob die Anforderungen des FINIG eingehalten werden und ob die Sorgfaltspflichten des GwG erfüllt sind. Die effektive Verfügungsmacht verbleibt aber in der alleinigen Kompetenz der FINMA (Art. 77 E-FINIV). Im Bewilligungsgesuch an die FINMA müssen Trustees u.a. den Nachweis erbringen, dass sie einer solchen AO unterstehen.
- **Struktur & persönliche Voraussetzungen:** Trustees mit Sitz in der Schweiz müssen als Einzelunternehmen, Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) in das Handelsregister eingetragen sein (Art. 18 FINIG). Die Geschäftsführung eines Trustees muss aus mindestens zwei qualifizierten Personen bestehen (Art. 20 Abs. 2 FINIG). Als qualifiziert gelten dabei Personen, die über eine angemessene Ausbildung und Berufserfahrung im Rahmen von Trusts verfügen (Art. 20 Abs. 3 FINIG).
- **Risikomanagement und interne Kontrolle** (Art. 21 FINIG): Trustees sind verpflichtet über ein wirksames internes Kontrollsystem und Risikomanagement

zu verfügen. Dies soll die stetige Compliance mit dem Finanzmarktrecht, insbes. dem FINIG und dem GWG, sicherstellen. Diese Aufgaben können durch qualifizierte interne oder externe Personen übernommen werden, wobei diese Personen aber nicht in die von ihr zu prüfenden Geschäfte involviert sein dürfen.

- **Kapital** (Art. 22-23 FINIG): Trustees müssen ein dauerndes Mindestkapital von CHF 100'000, sowie angemessene Sicherheiten, Eigenmittel und eine Berufshaftpflichtversicherung aufweisen.

III. Zeithorizont: Wie schnell muss jetzt gehandelt werden?

Handlungsbedarf besteht für Trustees vor allem in organisatorischer Hinsicht. Denn die Neuregulierung erfordert nicht nur eine zu gewährleistende Kapitalbasis, sondern aufgrund der Bewilligungs- und Gewährvorschriften auch gewisse Mindeststandards in Sachen Kontrollen und Governance des Unternehmens. Die Übergangsregelungen sind aber realistisch und gewähren den Trustees genügend Zeit um die notwendigen Anpassungen vorzunehmen. Ab Inkrafttreten des FINIG, dem 1. Januar 2020, gelten folgende Übergangsregelungen (Art. 74 Abs. und Abs. 3 FINIG):

- Trustees, die neu einer Bewilligungspflicht unterstehen, aber schon jetzt tätig sind, müssen sich innert sechs Monaten bei der FINMA melden. Innert drei

Jahren ab Inkrafttreten des FINIG müssen die Trustees die gesetzlichen Anforderungen erfüllen und ein entsprechendes Bewilligungsgesuch einreichen.

- Trustees, die erst innert Jahresfrist nach Inkrafttreten des FINIG tätig werden, müssen sich sofort bei der FINMA anmelden und bereits bei Aufnahme ihrer Tätigkeit alle Bewilligungsvoraussetzungen erfüllen. Die Voraussetzung des Anschlusses an eine AO können sie maximal ein Jahr aussetzen bis die FINMA eine AO bewilligt hat. Ungeachtet dessen müssen die Trustees einer Selbstregulierungsorganisation gemäss den Geldwäschereibestimmungen angeschlossen sein, um ihre Tätigkeit ausüben zu dürfen.

Das FINIG beinhaltet verschiedene strafrechtlich relevante Normen, die an Täuschungs- und Vertrauensschutz des Kunden anknüpfen. So ist die Verletzung des Berufsgeheimnisses durch ein Finanzinstitut unter Strafe gestellt (Art. 69 Abs. 1 lit. a FINIG). Für das Nicht-Einhalten der regulatorischen Vorschriften gibt es keine strafrechtlichen Bestimmungen, doch hat die FINMA die Kompetenz in einem Enforcementverfahren gegen regulatorische Mängel vorzugehen und u.a. die Geschäftstätigkeit von Trustees zu untersagen. Um dies und weitere Rechtsnachteile zu vermeiden, sollten Trustees daher innerhalb der Fristen handeln und die neuen regulatorischen Voraussetzungen termingerecht erfüllen.

IV. Ausblick

Die genaue Ausgestaltung, sowie die formalen Aspekte des Bewilligungsverfahrens werden derzeit noch im Vernehmlassungsverfahren zu den Ausführungsverordnungen diskutiert. Aber auch ohne den definitiven Verordnungstext zu kennen ist klar, dass das FINIG den in der Schweiz operierenden Trustees eine Reihe an neuen regulatorischen Vorschriften auferlegt.

Die hiesigen Trustees sind gut beraten, sich schon jetzt auf die kommenden Änderungen

einzustellen. Das Ziel muss sein eine schlanke Organisation aufzubauen, welche gleichzeitig die regulatorischen Anforderungen erfüllt und die Einhaltung der Gesetze durch die Mitarbeiter sicherstellt. Gerade kleinere Unternehmen sollten deshalb genau evaluieren, welche Funktionen sie intern aufbauen und was sie extern einkaufen wollen.

Gerne halten wir Sie in weiteren Beiträgen über zukünftige Entwicklungen der regulatorischen Umsetzung auf dem Laufenden.

**Alithis ist ein modernes Dienstleistungsunternehmen
im Bereich Recht, Compliance und Regulatorisches mit
mehr als 10 Jahren Erfahrung mit Trusts und
gemeinnützigen Organisationen**

Alithis AG
Dufourstrasse 105
CH-8008 Zürich

welcome@alithis.ch
+41 44 520 40 20