



Martin Liebi

Dr. iur., LL.M. (Stanford), Rechtsanwalt
(Schweiz/New York)
Head Capital Markets Legal,
PricewaterhouseCoopers AG, Zürich
Richter am Handelsgericht Zürich,
Lehrbeauftragter an der Universität Zürich
martin.liebi@ch.pwc.com
www.pwc.ch/de/dienstleistungen/legal.html

FIDLEG/FINIG

Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Finanzinstitutsgesetz (FINIG): Die Auswirkungen für Treuhänder

Das neue Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und das Finanzinstitutsgesetz (FINIG) werden voraussichtlich am 1. Januar 2020 in Kraft treten und grundlegende Neuerungen bringen. Dieser Artikel gibt einen Überblick über die für Treuhänder anstehenden Neuerungen. Im ersten Teil wird der Anwendungsbereich von FIDLEG und FINIG auf typische Aktivitäten von Treuhändern aufgezeigt. Danach werden die für Treuhänder wichtigen Pflichten unter dem Finanzdienstleistungsgesetz und dem Finanzinstitutsgesetz dargelegt.

1. Die Anwendbarkeit des FIDLEG und FINIG auf typische Aktivitäten von Treuhändern

Das Finanzdienstleistungsgesetz (nachfolgend «FIDLEG») und das Finanzinstitutsgesetz (nachfolgend «FINIG») regeln zum ersten Mal umfassend die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Erbringung von Finanzdienstleistungen und an Finanzinstitute. Auch Treuhänder können vom Anwendungsbereich des FIDLEG und FINIG erfasst werden, namentlich wenn sie eine Finanzdienstleistung erbringen oder beispielsweise als Trustee oder Externer Vermögensverwalter tätig sind. Externe Vermögensverwalter von individuellen Kundenvermögen und Trustees sind neu auch bewilligungspflichtig. Die prudenzielle Aufsicht über diese beiden Finanzinstitute wird durch eine oder mehrere unabhängige, aber von der FINMA bewilligte, Aufsichtsorganisationen sichergestellt.¹ Das FIDLEG und das FINIG werden am 1. Januar 2020 in Kraft treten. Bezüglich der verschiedenen anwendbaren Pflichten finden jedoch verschiedene Übergangsbestim-

mungen von unterschiedlicher Dauer Anwendung.

Viele für Treuhänder typische Aktivitäten werden jedoch nicht in den Anwendungsbereich fallen. Dazu zählen die Steuerberatung, die Rechtsberatung, die Buchhaltung, die Lohnabrechnung und Investitionsrechnung, Corporate Finance-Aktivitäten, Liegenschaftsverwaltung, Revision, Personalmanagement, die Versicherungsvermittlung sowie weite Teile der Wirtschafts- und Unternehmensberatung. Aktivitäten im Zusammenhang mit der Finanzberatung, Erbschaften, Beistandschaften, Vermögensverwaltung, Vermögensberatung, Kreditvermittlung, Beratung in Sachen persönliche Vorsorge oder von Pensionskassen, Trustee und Custody-Aktivitäten können jedoch eine Finanzdienstleistung unter dem FIDLEG oder gar eine Aktivität als Finanzinstitut unter dem FINIG darstellen. Auch Aktivitäten, die ein Treuhänder, der zugleich Gesellschaftsorgan ist, ausübt, können eine Finanzdienstleistung sein. Das setzt jedoch einen separaten Vertrag voraus. Andere Aktivitäten eines Organs für die Gesell-

schaft sind keine Finanzdienstleistungen, da diese nicht für Dritte erfolgen.

2. Pflichten unter dem Finanzdienstleistungsgesetz

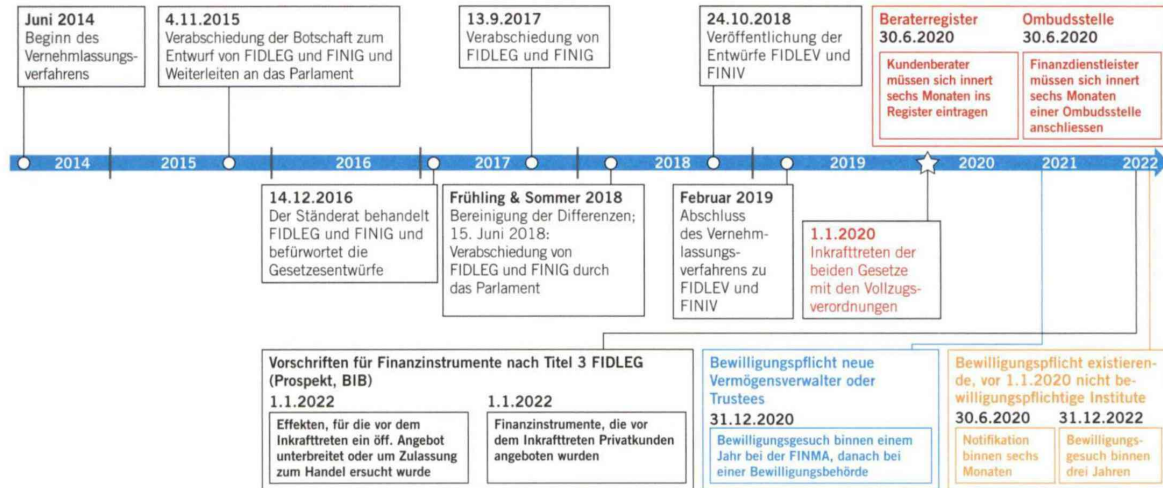
Das FIDLEG bezweckt, die Erbringung von Finanzdienstleistungen in der Schweiz zum ersten Mal umfassend aufsichtsrechtlich zu regeln. Das Ziel des FIDLEG ist in erster Linie ein verbesserter Schutz von Kunden von Finanzdienstleistern. Zudem sollen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen durch Finanzdienstleister vergleichbare Bedingungen geschaffen werden.² Daneben sind auch Kundenberater und Ersteller von Finanzinstrumenten dem FIDLEG unterworfen.³ Als Finanzdienstleister gelten Personen, die gewerbmässig Finanzdienstleistungen in der Schweiz oder für Kunden in der Schweiz erbringen. Gewerbmässigkeit ist gegeben, wenn eine selbstständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Bst. b HRegV ausgeübt wird.⁴



Auflage 5'059 Ex.
Reichweite 12'140 Leser
Erscheint 6 x jähr
Fläche 274'000 mm²
Wert n. a.

TREX - Der Treuhandexperte
9230 Flawil
Martin Liebi

Abbildung



Dazu zählen insbesondere auch Treuhänder, die Finanzdienstleistungen neben anderen nicht dem FIDLEG unterstellten Aktivitäten ausüben. Für Treuhänder von Bedeutung dürfte vor allem die Unterstellungspflicht infolge der Erbringung von Finanzdienstleistungen sein. Finanzdienstleistungen sind die folgenden für Kundinnen und Kunden erbrachten Tätigkeiten:

1. Der Erwerb oder die Veräusserung von Finanzinstrumenten⁵; darunter wird insbesondere auch der Vertrieb von Finanzinstrumenten verstanden, d.h. jede direkt an bestimmte Kunden gerichtete Tätigkeit, die spezifisch auf den Erwerb oder die Veräusserung eines Finanzinstruments abzielt. Treuhänder, die Finanzinstrumente an Kunden vertreiben, fallen darunter.
2. Die Annahme und Übermittlung von Aufträgen, die Finanzinstrumente zum Gegenstand haben, d.h. das Weiterleiten von Aufträgen beispielsweise als «Introducing Broker», das im Falle der Auftragsausführung durch einen Schweizer Effektenhändler (bzw. Wertpapierhaus) eine nicht bewilligungspflichtige Tätigkeit darstellt.
3. Die Verwaltung von Finanzinstrumenten (Vermögensverwaltung), d.h. «sämtliche Aktivitäten, bei denen dem Finanzdienstleister eine Vollmacht zur Investition von Vermögenswerten für Rechnung der Kunden übertragen wird». Dazu gehören sowohl Verhältnisse, bei denen Transaktionen trotz externer Vollmacht intern vom Kunden zu genehmigen sind, als auch Vollmachten, die sich auf einzelne Geschäfte beziehen.⁶ Treuhänder, die für Kunden Vermögen verwalten, erbringen eine Finanzdienstleistung.
4. Die Erteilung von persönlichen Empfehlungen, die sich auf Geschäfte mit Finanzinstrumenten beziehen (Anlageberatung),

d.h. die Abgabe von individualisierten und auf die persönliche Situation des Kunden abgestimmten Empfehlungen bezüglich Finanzinstrumenten. Treuhänder, die den Kunden Vermögensberatungsdienstleistungen erbringen, üben eine Finanzdienstleistung aus.

5. Die Gewährung von Krediten für die Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten, d.h. die Gewährung von Krediten, die unmittelbar der Finanzierung von Geschäften in Finanzinstrumenten dienen. Dazu gehört beispielsweise das Lombardkreditgeschäft. Eine Finanzdienstleistung setzt voraus, dass der Finanzdienstleister nicht nur den Kredit gewährt, sondern auch an der Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten beteiligt ist. Erfasst sind einerseits Kredite, die ein Treuhänder aus eigenen Mitteln begibt, jedoch auch Kredite, die er vermittelt. In letzterem Fall handelt er als Kundenberater für einen Drittfianzdienstleister, der in das Beraterregister eingetragen werden muss.⁷

Es ist deshalb für jeden Treuhänder in einem ersten Schritt abzuklären, ob er eine Finanzdienstleistung bezüglich eines Finanzinstruments erbringt. Eine gewerbsmässige Tätigkeit ist unter dem FIDLEG schneller gegeben als unter dem FINIG, welches auf quantitative Kriterien abstützt. Es kann deshalb sein, dass ein Treuhänder nach dem FINIG nicht gewerbsmässig tätig ist, jedoch die Schwelle für eine Gewerbsmässigkeit nach dem FIDLEG erfüllt. Kommt ein Treuhänder zum Schluss, dass er Finanzdienstleistungen bezüglich Finanzinstrumenten erbringt, so unterliegt er einer Reihe von Pflichten. Diese finden nicht auf alle Finanzdienstleistungen Anwendung. Nachfolgend werden die wichtigsten Pflichten nach dem FIDLEG aufgezeigt.

2.1 Pflicht zur Kundensegmentierung

Grundsätzlich haben Finanzdienstleister ihre Kunden entweder in Privatkunden⁸, professionelle Kunden⁹ oder institutionelle Kunden¹⁰ einzuteilen.¹¹ Ein Kunde kann beispielsweise eine Privatperson sein, aber auch ein Unternehmen oder eine Pensionskasse. Obwohl dabei grundsätzlich auf die Qualifikation des Kunden abgestellt wird, können Bevollmächtigte eines Kunden schriftlich oder in einer anderen durch Text nachweisbaren Form verlangen, dass sich die Zuweisung nach deren Erfahrungen und Kenntnissen richtet.¹² Der Kunde kann erklären, dass er das Segment wechseln möchte. So z.B. vermögende Privatkunden, d.h., Kunden mit einem Vermögen von mindestens 500'000 Franken, die aufgrund der persönlichen Ausbildung und der beruflichen Erfahrung oder aufgrund einer vergleichbaren Erfahrung im Finanzsektor über ausreichende Kenntnisse verfügen, um die vorhandenen Risiken zu verstehen oder die über ein Vermögen von mindestens zwei Mio. Franken verfügen: Diese Kunden können erklären, dass sie professionelle Investoren werden und auf das Schutzniveau eines Privatinvestors verzichten wollen (Opting-out). Professionelle Investoren können grundsätzlich erklären, dass sie als Privatkunden gelten wollen und damit Schutz beanspruchen (Opting-in). Institutionelle Kunden können zudem erklären, dass sie als professionelle Kunden gelten wollen (Opting-in). Die Erklärungen müssen jedoch schriftlich oder in einer anderen durch Text nachweisbaren Form erfolgen.¹³ Die Pflicht zur Kundensegmentierung muss innerhalb von zwei Jahren ab Inkrafttreten des FIDLEG und der Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV), d.h. bis zum 31. Dezember 2021, erfüllt werden.¹⁴

2.2 Informationspflicht

Der Finanzdienstleister unterliegt einer Informationspflicht über seine generelle Tätigkeit wie

Auflage	5'059 Ex.	TREX - Der Treuhandexperte
Reichweite	12'140 Leser	9230 Flawil
Erscheint	6 x jähr	Martin Liebi
Fläche	274'000 mm ²	
Wert	n. a.	

auch besonderen Finanzdienstleistungen. Die Information muss entweder vor Erbringung der Tätigkeit oder vor Vertragsabschluss erfolgen und dem Kunden muss genügend Zeit eingeräumt werden, um die Informationen oder das Geschäft zu verstehen.¹⁵ Dem Privatkunden ist zusätzlich ein Basisinformationsblatt zur Verfügung zu stellen, sofern ein solches erstellt wurde und eine persönliche Empfehlung von Finanzinstrumenten vorliegt. Besteht ausschliesslich eine Execution-Only- (Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten) oder Introducing-Brokerage-Beziehung (Übermittlung von Aufträgen) oder ist bereits ein Basisinformationsblatt erstellt worden, besteht diese Pflicht nicht.¹⁶ Die Pflicht zur Information muss innerhalb von zwei Jahren ab Inkrafttreten des FIDLEG und der FIDLEV, d.h. bis zum 31. Dezember 2021, erfüllt werden.¹⁷

2.3 Pflicht zu Angemessenheitsprüfung

Eine Angemessenheitsprüfung muss durchgeführt werden, wenn Finanzdienstleister eine Anlageberatung bloss für einzelne Transaktionen erbringen, ohne dabei das gesamte Kundenportfolio zu berücksichtigen.¹⁸ Es ist dabei Sache des Finanzdienstleisters, vor der Empfehlung des Kunden für eine bestimmte Geschäftsart bzw. Transaktion angemessen sind.¹⁹ Im Falle einer Vertretung werden die Kenntnisse der vertretenen Person berücksichtigt.²⁰ Die Pflicht zur Angemessenheitsprüfung muss ebenfalls innerhalb von zwei Jahren ab Inkrafttreten des FIDLEG und der FIDLEV, d.h. bis zum 31. Dezember 2021, erfüllt werden.²¹

2.4 Pflicht zur Eignungsprüfung

Eine Eignungsprüfung ist bei der Erbringung einer Anlageberatung unter Berücksichtigung des gesamten Kundenportfolios oder bei der Vermögensverwaltung vorzunehmen. Das bedeutet konkret, dass sich der Finanzdienstleister über die Anlageziele, die finanziellen Verhältnisse sowie über die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden bezüglich der Finanzdienstleistung erkundigen muss.²² Darauf basierend erstellt der Finanzdienstleister für jeden Kunden ein Risikoprofil.²³ Auch bei der Eignungsprüfung berücksichtigt der Finanzdienstleister im Falle einer Vertretung die Kenntnisse des Vertreters.²⁴ Entsprechend der Angemessenheitsprüfung gilt auch hier die Pflicht zur Vornahme innerhalb von zwei Jahren ab Inkrafttreten des FIDLEG und der FIDLEV, d.h. bis zum 31. Dezember 2021.²⁵

2.5 Pflicht zur Dokumentation

Für die Finanzdienstleister gelten umfangreiche Dokumentationspflichten. Sie beziehen sich auf die mit den Kunden vereinbarten Finanzdienstleistungen, die über sie erhobenen Informationen, die Information einer fehlenden oder nicht

erfolgreich durchgeführten Angemessenheits- oder Eignungsprüfung sowie der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen. Bei der Anlageberatung dokumentieren sie zusätzlich die Bedürfnisse der Kunden sowie die Gründe für jede Empfehlung, die zum Erwerb oder zur Veräusserung eines Finanzinstruments führen.²⁶ Auch hierfür gilt die zweijährige Frist ab Inkrafttreten des FIDLEG und der FIDLEV, d.h. bis zum 31. Dezember 2021.²⁷

2.6 Pflicht zur Rechenschaft

Die Finanzdienstleister haben die Kunden über die getroffenen Vereinbarungen und über Ergebnisse der Angemessenheits- und Eignungsprüfung zu informieren. Auf Anfrage ist den Kunden eine Kopie der Dokumente, die der Dokumentationspflicht unterliegen, auszuhändigen oder in anderer geeigneter Weise (insbesondere auf elektronische Weise) zugänglich zu machen. Sie legen den Kunden auf Anfrage auch Rechenschaft ab über die der Dokumentationspflicht unterliegenden Punkte, die Zusammensetzung, Bewertung und Entwicklung der Portfolios oder die mit den Finanzdienstleistungen verbundenen Kosten.²⁸ Die Pflicht zur Rechenschaft muss innerhalb von zwei Jahren ab Inkrafttreten des FIDLEG und der FIDLEV, d.h. bis zum 31. Dezember 2021, erfüllt werden.²⁹

2.7 Pflicht zur Herausgabe von Dokumenten

Den Dokumenten, die Finanzdienstleister im Rahmen ihrer Tätigkeit über die Kunden erstellen, kommt eine zentrale Bedeutung zu. Der Kunde hat daher jederzeit einen Anspruch auf Herausgabe einer Kopie seines Dossiers und sämtlicher Dokumente, die ihn betreffen. Aufgrund der aufsichtsrechtlichen Natur des Anspruchs kann der Kunde nicht darauf verzichten. Das Gesuch muss schriftlich oder in einer anderen nachweisbaren Form gestellt werden.³⁰

2.8 Bearbeitung von Kundenaufträgen

Bei dieser Pflicht geht es im Kern um die Interessenswahrung der Kunden bei der Bearbeitung der von ihnen erteilten Aufträge. Bei deren Bearbeitung sind das Prinzip der Gleichbehandlung sowie die Grundsätze von Treu und Glauben massgebend. Der Finanzdienstleister muss diesbezüglich über Systeme und Prozesse verfügen, die der Grösse, Komplexität und Geschäftstätigkeit angemessen sind und die Gleichbehandlung der Interessen der Kunden sicherstellen.³¹

2.9 Bestmögliche Ausführung von Kundenaufträgen

Das Best-Execution-Prinzip kommt vor allem bei Finanzdienstleistern zur Anwendung, die Transaktionen entweder selber ausführen oder Auf-

träge an Dritte weiterleiten. Diese Finanzdienstleister haben die Pflicht, sicherzustellen, dass bei der Ausführung von Aufträgen für die Kunden das bestmögliche Ergebnis in finanzieller, zeitlicher und qualitativer Hinsicht erreicht wird. Dabei müssen sowohl die eigenen Kosten als auch Drittkosten berücksichtigt werden. Über die Ausführung von Kundenaufträgen haben die Finanzdienstleister interne Weisungen (Best Execution Policy) zu erstellen. Dabei sind Umfang und Inhalt der betroffenen Geschäfte sowie die betroffenen Kundenkategorien zu beachten.³²

2.10 Verwendung von Finanzinstrumenten des Kunden

Sollen Finanzinstrumente aus Beständen des Kunden an Gegenparteien ausgeliehen werden oder soll der Finanzdienstleister solche Geschäfte vermitteln, ist dafür die schriftliche (oder in einer anderen durch Text nachweisbaren Form) Zustimmung des Kunden einzuholen. Dies hat in einer von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen separaten Vereinbarung zu erfolgen.³³

2.11 Organisatorische Vorkehrungen zum Ausschluss von Interessenskonflikten

Der Finanzdienstleister hat bei der Ausübung von Finanzdienstleistungen in erster Linie die Interessen des Kunden zu vertreten. Konflikte zwischen unterschiedlichen Kundeninteressen müssen vermieden werden. Eigeninteressen der Finanzdienstleister, Interessen von deren Mitarbeitern und Interessen von Dritten dürfen den Interessen der Kunden nicht entgegenstehen (Art. 28 E-FIDLEV i.V.m. Art. 25 FIDLEG). Die Interessenskonfliktpolitik muss in einer internen Weisung angemessen offengelegt und dem Kunden auf Anfrage mitgeteilt werden.

2.12 Entschädigung durch Dritte (Retrozessionen)

Interessenskonflikte können insbesondere bei der Ausrichtung von vermögenswerten Vorteilen beispielsweise in der Form von Soft Dollars, Courtagen, Rabatten oder Provisionen entstehen, die der Finanzdienstleister im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Dritten erhält. Als Dritte gelten auch Gesellschaften des Konzerns, dem der Finanzdienstleister angehört (Art. 29 Abs. 2 E-FIDLEV). Retrozessionen müssen einen Bezug zur Erbringung einer Finanzdienstleistung haben und gehören grundsätzlich vollumfänglich dem Kunden, sofern dieser unter voller Aufklärung vor Erbringung der Vertriebsleistung oder des Vertragsabschlusses nicht darauf verzichtet hat. Können Retrozessionen nicht dem Kunden weitergegeben werden, wie beispielsweise Soft Dollars, so müssen diese als Interessenskonflikt dem Kunden offengelegt werden. Eine Information über Berechnungsparameter

Auflage	5'059 Ex.	TREX - Der Treuhandexperte
Reichweite	12'140 Leser	9230 Flawil
Erscheint	6 x jährl.	Martin Liebi
Fläche	274'000 mm ²	
Wert	n. a.	

und Bandbreiten genügt, sofern die Höhe des Betrags vorgängig nicht feststellbar ist. Der Finanzdienstleister muss in diesem Fall den Kunden aus eigenem Antrieb über die effektiv vereinnahmten Retrozessionen informieren. Auch im Falle eines Verzichts auf Retrozessionen verbleibt dem Kunden das jederzeit ausübbares Recht, die effektiv vereinnahmten Beträge offenzulegen (Art. 26 FIDLEG).

2.13 Mitarbeitergeschäfte

Das FIDLEG sieht auch eine ausdrückliche Regelung für eine zweite Interessenskonfliktkonstellation vor. Es handelt sich dabei um «verpönte» Mitarbeitergeschäfte. Dazu gehören alle natürlichen und juristischen Personen, die für den Finanzdienstleister tätig werden und deren Familienangehörige und andere nahestehende Personen (Art. 30 E-FIDLEV). Finanzdienstleister müssen angemessene Massnahmen vorsehen, um zu verhindern, dass ihre Mitarbeiter Informationen, die sie im Rahmen der Tätigkeit für den Finanzdienstleister erworben haben, missbräuchlich auf eigene Rechnung nutzen (Art. 27 FIDLEG). Der Finanzdienstleister hat bei der Ausübung von Finanzdienstleistungen in erster Linie die Interessen des Kunden zu vertreten. Konflikte zwischen unterschiedlichen Kundeninteressen müssen vermieden werden. Eigeninteressen der Finanzdienstleister, Interessen von deren Mitarbeitern und Interessen von Dritten dürfen den Interessen der Kunden nicht entgegenstehen (Art. 28 E-FIDLEV i.V.m. Art. 25 FIDLEG). Die Interessenskonfliktpolitik muss in einer internen Weisung angemessen offengelegt und dem Kunden auf Anfrage mitgeteilt werden.

2.14 Pflicht zur Eintragung ins Beraterregister

Kundenberater, d.h. natürliche Personen, die im Namen eines Finanzdienstleisters oder selber als Finanzdienstleister Finanzdienstleistungen erbringen,³⁴ müssen in einem Beraterregister³⁵ eingetragen sein. Die Eintragung kann im Beraterregister der Berner Börse (www.regservices.ch)³⁶ erfolgen.³⁷ Der eintragungspflichtige Berater ist immer eine natürliche Person, und zwar diejenige, die den Kundenkontakt hat. Bloss untergeordnete Tätigkeiten und Tätigkeiten, die keine Finanzdienstleistungen sind, sind von der Eintragungspflicht nicht betroffen. Gerade im Vermögensverwaltungs- und Vermögensberatungsbereich sind die Pflichten für Kundenberater von Treuhändern mit geringem Geschäftsvolumen von Bedeutung, beispielsweise wenn sie aufgrund der Inanspruchnahme einer Ausnahme nicht einer Bewilligungspflicht als externer Vermögensverwalter oder Trustee unterstehen. Treuhänder müssen sich in diesem Fall als Kundenberater in das neu geschaffene Beraterregister eintragen.³⁸

Voraussetzungen für den Eintrag in das Beraterregister sind hinreichende Kenntnisse über die Verhaltensregeln nach dem FIDLEG, für die Tätigkeit notwendiges Fachwissen, der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung oder das Bestehen einer gleichwertigen Sicherheit, der Anschluss an eine Ombudsstelle, kein Eintrag wegen strafbarer Handlungen gegen das Vermögen nach StGB und kein durch die FINMA ausgesprochenes Tätigkeits- oder Berufsverbot (Art. 29 FIDLEG). Dem Beraterregister kommt somit ein Ermessen bezüglich des Entscheids zu, ob ein Kundenberater über hinreichende Kenntnisse der Verhaltensregeln nach dem FIDLEG und über das für die Tätigkeit notwendige Fachwissen verfügt. Die Kundenberater müssen innerhalb von zwei Jahren ab Inkrafttreten des FIDLEG und der FIDLEV, d.h. bis zum 31. Dezember 2021, über die erforderlichen Kenntnisse verfügen (Art. 104 E-FIDLEV). Sie müssen aber bereits bei der Anmeldung glaubhaft machen, dass sie die Kenntnisse nach Ablauf der Übergangsfrist erfüllen werden. Der Kundenberater muss bei der Anmeldung mittels Dokumenten und möglicherweise auch gestützt auf eine mündliche Unterredung bzw. einem objektiven Test nachweisen, dass er über die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt. Änderungen der eintragungspflichtigen Informationen müssen dem Beraterregister innerhalb von 14 Tagen gemeldet werden (Art. 41 E-FIDLEV).

2.15 Pflicht zum Anschluss an eine Ombudsstelle

Treuhänder bzw. deren Unternehmen, die Finanzdienstleister sind, müssen sich bis spätestens zum 1. Juli 2020 (Art. 74 FIDLEG) einer Ombudsstelle anschliessen. Der Treuhänder muss diesfalls seine Kunden über die Möglichkeit eines Vermittlungsverfahrens durch eine Ombudsstelle bei Eingehung einer Geschäftsbeziehung, bei einer Zurückweisung eines von der Kundin oder vom Kunden geltend gemachten Rechtsanspruchs und jederzeit auf Anfrage informieren. Kundenberater müssen bei der Eintragung im Beraterregister auch die Ombudsstelle des Finanzdienstleisters angeben.

3. Pflichten für Treuhänder unter dem Finanzinstitutsgesetz

Das FINIG regelt die Anforderungen an die Tätigkeit der Finanzinstitute mit dem Ziel, einen einheitlichen Standard im Schweizer Finanzmarkt herzustellen und damit dessen Funktionsfähigkeit sowie den Schutz der Anleger sicherzustellen.³⁹ Es bezieht sich auf Finanzinstitute, d.h. Vermögensverwalter, Trustees, Verwalter von Kollektivvermögen, Fondsleitungen und Wertpapier-

häuser.⁴⁰ Für Treuhänder von Bedeutung ist vor allem die Pflicht zur Bewilligung von externen Vermögensverwaltern (EAM) und Trustees. Als Vermögensverwalter gilt gemäss Art. 17 FINIG, «wer gestützt auf einen Auftrag gewerbmässig im Namen und für Rechnung der Kunden über deren Vermögenswerte i.S.v. Art. 3 lit. c Ziff. 1–4 FIDLEG verfügen kann».⁴¹ Ein Trustee verwaltet oder verfügt, gestützt auf die Errichtungsurkunde eines Trusts, gewerbmässig Sondervermögen zugunsten der Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck.⁴² Treuhänder, die Vermögenswerte für Dritte selbständig und auf dauernden Erwerb ausgerichtet verwalten, laufen somit Gefahr, sich als externer Vermögensverwalter oder Trustee bewilligen lassen zu müssen, sofern keine Ausnahme zur Anwendung kommt.

3.1 Treuhändern als dem FINIG unterstellte externe Vermögensverwalter und Trustees

Treuhänder, die als externe Vermögensverwalter oder Trustee in der Schweiz oder aus der Schweiz heraus ausschliesslich für ausländische Kunden handeln, müssen grundsätzlich eine Bewilligung der Aufsichtsbehörde einholen, sofern nicht eine Ausnahme zur Anwendung kommt.⁴³ Vermögensverwalter verwalten grundsätzlich individuelle Portfolios und der Trustee verwaltet Sondervermögen und kümmert sich um deren Werterhaltung und zweckgebundene Verwendung. Sie können darüber hinaus aber auch die Anlageberatung und den Vertrieb von Finanzinstrumenten und die Portfolioanalyse anbieten.⁴⁴ Sie führen eine gewerbmässige Tätigkeit aus, sofern sie:⁴⁵

- damit pro Kalenderjahr einen Bruttoerlös von mehr als 50'000 Franken erzielen,
- pro Kalenderjahr mit mehr als 20 Vertragsparteien Geschäftsbeziehungen aufnehmen, die sich nicht auf eine einmalige Tätigkeit beschränken, oder pro Kalenderjahr mindestens 20 solcher Beziehungen unterhalten, d.h. innerhalb des Kalenderjahrs mit mindestens 20 unterschiedlichen Personen eine Geschäftsbeziehung unterhalten, oder
- Transaktionen durchführen, deren Gesamtvolumen mindestens 2 Mio. Franken pro Kalenderjahr exklusive Portfolioumschichtungen überschreiten, d.h. in einem Kalenderjahr Transaktionen mit einem Gesamtvolumen von mindestens 2 Mio. Franken durchführen.

Wie vorgängig dargelegt, kann es sein, dass ein Treuhänder die Anforderungen an die Gewerbmässigkeit unter dem FINIG nicht erfüllt, jedoch unter dem FIDLEG gewerbmässig handelt. Als Folge muss er die Pflichten des FIDLEG einhalten und sich insbesondere in das Beraterregister eintragen lassen. Es bestehen von der Bewilligungspflicht eine ganze Reihe von Ausnahmen,



Auflage	5'059 Ex.	TREX - Der Treuhandexperte
Reichweite	12'140 Leser	9230 Flawil
Erscheint	6 x jähr	Martin Liebi
Fläche	274'000 mm ²	
Wert	n. a.	

die typischerweise auf Aktivitäten von Treuhändern Anwendung finden. Zu diesen gehört beispielsweise die Verwaltung von Vermögen im Rahmen von gesetzlich geregelten Mandaten. Darunter fällt beispielsweise die Willensvollstreckung oder auch die Vertretungs- oder umfassende Beistandschaft,⁴⁶ Arbeitgeber, die das Vermögen ihrer Vorsorgeeinrichtungen verwalten, sowie Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände, die das Vermögen ihrer Verbandseinrichtungen verwalten. Eine Ausnahme besteht auch für Rechtsanwälte und Notare und deren Hilfspersonen, sofern diese dem Berufsgeheimnis von Art. 321 StGB⁴⁷ oder dem Art. 13 BGFA⁴⁸ unterstellt sind, sowie den juristischen Personen, in welchen diese Personen organisiert sind. Eine Ausnahme für Treuhänder, die nicht gleichzeitig Rechtsanwälte oder Notare oder deren Hilfspersonen sind, besteht demnach nicht.⁴⁹ Den Vermögensverwaltern und Trustees stehen die Rechtsformen des Einzelunternehmens, der Handelsgesellschaften und der Genossenschaft offen, die für die Ausübung der Vermögensverwaltung geeignet sind. Auch natürliche Personen können Vermögensverwalter sein, müssen sich aber stets im Handelsregister eintragen lassen.⁵⁰

3.2 Anforderungen an die Bewilligungspflicht und das Bewilligungsverfahren

Der Treuhänder, der einer Bewilligung als externer Vermögensverwalter oder Trustee bedarf, muss der FINMA ein Bewilligungsgesuch mit den für die Beurteilung des Gesuchs notwendigen Unterlagen einreichen.⁵¹ Darin müssen insbesondere Ausführungen zur geplanten Geschäftstätigkeit, das Kapital, die Organisation, die personelle Zusammensetzung, die Auslagerungssituation, die Ombudsstelle und die internen Kontrollfunktionen gemacht werden. Das Bewilligungsgesuch muss auch von den dazugehörigen Weisungen, Bestätigungen, amtlichen Dokumenten und weiteren notwendigen Unterlagen begleitet werden. Die Aufsicht über die externen Vermögensverwalter und die Trustees werden von Aufsichtsorganisationen (AO) ausgeübt, die sich momentan im Bewilligungsprozess befinden. Aufgrund der hohen Komplexität des Bewilligungsverfahrens empfiehlt es sich, einen erfahrenen Berater beizuziehen.

Treuhänder als externe Vermögensverwalter und Trustees unterstanden vor dem Inkrafttreten des FINIG noch keiner Bewilligungspflicht. Sie müssen sich deshalb bis zum 30. Juni 2020 bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsichtsbehörde FINMA melden. Ihnen wird sodann eine Frist von drei Jahren gewährt, ebenfalls geltend ab Inkrafttreten des FINIG, um die gesetzlichen Anforderungen zu erfüllen und ein Bewilligungsgesuch zu stellen. Ihre Tätigkeit können sie jedoch bis

zum Entscheid fortführen, sofern sie einer Selbstregulierungsorganisation (SRO) nach Art. 24 GwG⁵² angeschlossen sind und von dieser in Bezug auf die Einhaltung der entsprechenden Pflichten beaufsichtigt werden.⁵³ In besonderen Fällen kann die FINMA eine Fristerstreckung gewähren.⁵⁴ Das bedeutet, dass externe Vermögensverwalter und Trustees unter Einberechnung der Bearbeitungszeit ihres Bewilligungsgesuchs bei der FINMA bis zu vier Jahren nach dem Inkrafttreten des FINIG ihre bisherige Tätigkeit weiterführen könnten. Schon früher, spätestens nach Ablauf der entsprechenden Übergangsfristen, müssen jedoch die Pflichten unter dem FIDLEG erfüllt werden. Gewichtige Gründe sprechen dafür, dass Kundenberater von externen Vermögensverwaltern und Trustees während dieser Übergangsfristen in das Beraterregister eingetragen werden müssen, da sie bis zur Bewilligungserteilung bei einem gemäss Art. 3 FINMAG nicht prudenziell beaufsichtigten Finanzintermediär arbeiten. Sie können nach der erfolgten Bewilligungserteilung wieder aus dem Beraterregister ausgetragen werden. Die Übergangsfrist im FINIG findet nämlich nicht automatisch auch auf das FIDLEG Anwendung.⁵⁵ Die Eintragungspflicht in das Beraterregister sollte gemäss der hier vertretenen Ansicht für Kundenberater von Finanzdienstleistern gelten, die gar nicht beabsichtigen, ein Bewilligungsgesuch als externer Vermögensverwalter oder Trustee zu stellen. Die Übergangsfrist darf, mit anderen Worten, nur von Finanzdienstleistern in Anspruch genommen werden, die tatsächlich beabsichtigen, ein Bewilligungsgesuch zu stellen. Finanzdienstleister, die das nicht tun, müssen ihre Kundenberater nach der hier vertretenen Auffassung bis zum 30. Juni 2020 in das Beraterregister eintragen und können nicht in den Genuss der Übergangsbestimmung kommen, da sie sonst eine Rechtsumgehung begehen. Eine Grandfathering-Klausel sieht das FIDLEG – anders als der Vernehmlassungsentwurf FIDLEG – nicht vor.

Nehmen Vermögensverwalter und Trustees innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten des FINIG ihre Tätigkeit auf, müssen sie sich unverzüglich bei der FINMA melden und ab Aufnahme ihrer Tätigkeit die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllen, mit Ausnahme des Erfordernisses des Anschlusses an eine Aufsichtsorganisation (AO). Sobald die Aufsichtsorganisation über die Bewilligung der FINMA verfügt, haben sich die Vermögensverwalter und Trustees dieser anzuschliessen und müssen ein Bewilligungsgesuch stellen. Auch in diesem Fall gilt, dass sie bis zum Entscheid über die Bewilligung ihre Tätigkeit ausüben können, sofern sie einer Selbstregulierungsorganisation nach Art. 24 GwG angeschlossen sind und durch diese betreffend der Einhaltung der entsprechenden Pflichten beaufsichtigt werden.

4. Sanktionsmassnahmen bei der Nichteinhaltung der Pflichten unter dem FIDLEG und FINIG

Das FIDLEG sieht ausdrücklich Strafbestimmungen vor, die verhängt werden können, sofern das FIDLEG verletzt wird. Neben diesen spezialgesetzlichen Sanktionsbestimmungen können auch noch die allgemeinen Sanktionen nach dem FINMAG treten. Insbesondere kann es zu einer Vorabklärung kommen, sofern die Enforcement-Abteilung der FINMA Hinweise auf mögliche aufsichtsrechtlich relevante Missstände oder Gesetzesverstösse gibt.⁵⁶ Die vorsätzliche Nichteintragung in das Beraterregister oder die vorsätzliche Nichteinreichung eines Bewilligungsgesuchs für eine Bewilligung als externer Vermögensverwalter oder Trustee kann mit einer Gefängnisstrafe bis zu drei Jahren und die fahrlässige Nichteintragung mit einer Busse bis zu 250'000 Franken pro Berater gebüsst werden.⁵⁷ Die Verletzung von Verhaltenspflichten kann unter dem FIDLEG mit einer Busse von bis zu 100'000 Franken bestraft werden (Art. 89 FIDLEG).

5. Fazit

Das FIDLEG und FINIG kann Auswirkungen auf Treuhänder haben, sofern diese Finanzdienstleistungen bezüglich Finanzinstrumenten ausüben. Neben einer Vielzahl von Pflichten wie beispielsweise die Kundensegmentierungs-, Informations-, Dokumentations-, Verhaltens- sowie Organisationspflichten ist insbesondere auch die Pflicht zum Eintrag in das Beraterregister der Kundenberater des Treuhänders sowie die Pflicht zum Anschluss an die Ombudsstelle von Bedeutung. Diese Pflichten treten am 1. Januar 2020 in Kraft, wobei Übergangsfristen zwischen sechs und 24 Monaten für die meisten Pflichten bestehen. Gewerbsmässig ausgeübte Vermögensverwaltungs- und Trustee-Aktivitäten können auch eine Bewilligungspflicht durch eine AO nach sich ziehen. In diesem Fall muss ein Bewilligungsgesuch bis spätestens 31. Dezember 2023 eingereicht werden.

Treuhänder sollten frühzeitig analysieren, ob sie in den Anwendungsbereich von FIDLEG oder FINIG fallen und in diesem Fall rechtzeitig mit der Implementierung der neuen Pflichten beginnen. ■

¹ Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015, S. 8903, 8915ff. (Botschaft).

² BBl 2015, S. 8913.

³ Art. 2 FIDLEG.

⁴ Art. 3 lit. d FIDLEG und Botschaft, S. 8947. Unter einer selbständigen, auf dauernden Erwerb ausgerichteten wirtschaftlichen Tätigkeit wird gemäss der zivilrechtlichen Rechtsprechung in BGE 80 I 383, 385, die gemäss der hier vertretenen Meinung analoge Anwendung findet,

- nicht zwingend verlangt, dass ein Gewinn mit der Tätigkeit angestrebt wird. Die Ausübung einer organisierten, auf Dauer angelegten und die Wirtschaft beschlagende Betätigung, die einen bestimmten Umsatz mit sich bringt und im Weiteren nach Natur und Umfang einen kaufmännischen Betrieb mit geordneter Buchhaltung verlangt, reicht dafür aus. Die Anforderungen an das Erreichen dieser Schwelle sind nicht als hoch anzusehen.
- ⁵ Unter Finanzinstrumenten werden gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a FIDLEG die folgenden Instrumente verstanden:
1. Beteiligungspapiere:
 - Effekten in Form von Aktien einschliesslich Aktien gleichzustellender Effekten, die Beteiligungs- oder Stimmrechte verleihen, wie Partizipations- oder Genussscheine,
 - Effekten, die bei Umwandlung oder Ausübung des darin verbrieften Rechts den Erwerb von Beteiligungspapieren nach Strich 1 ermöglichen, sobald sie zur Umwandlung angemeldet wurden,
 2. Forderungspapiere: Effekten, die nicht Beteiligungspapiere sind,
 3. Anteile an kollektiven Kapitalanlagen nach den Artikeln 7 und 119 des Kollektivanlagengesetzes (KAG),
 4. strukturierte Produkte, namentlich kapitalgeschützte Produkte, Produkte mit Maximalrenditen und Zertifikaten,
 5. Derivate nach Artikel 2 Buchstabe c des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes,
 6. Einlagen, deren Rückzahlungswert oder Zins risiko- oder kursabhängig ist, ausgenommen solche, deren Zins an einen Zinsindex gebunden ist,
 7. Anleiheobligationen: Anteile an einem Gesamtdarlehen mit einheitlichen Bedingungen.
- ⁶ BBI 2015, S. 8946.
- ⁷ Botschaft, S. 8948. Die Botschaft geht von einem weiten Begriff des Kundenberaters aus. Deshalb fallen auch indirekte Stellvertreter wie Vermittler, die in eigenem Namen und auf fremde Rechnung handeln, darunter.
- ⁸ Privatkunden sind alle Kunden, die nicht professionelle Kunden sind (Art. 4 Abs. 2 FIDLEG).
- ⁹ Als professionelle Kunden gelten gemäss Art. 4 Abs. 3 FIDLEG:
- a. Finanzintermediäre nach dem BankG, dem FINIG und dem KAG;
 - b. Versicherungsunternehmen nach dem VAG;
 - c. ausländische Kundinnen und Kunden, die einer prudenziellen Aufsicht unterstehen, wie die Personen nach den Buchstaben a und b;
 - d. Zentralbanken;
 - e. öffentlich-rechtliche Körperschaften mit professioneller Tresorerie, d.h. mindestens einer Person, die sich vollzeitlich um die Vermögensanlage kümmert;
 - f. Vorsorgeeinrichtungen und Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, mit professioneller Tresorerie;
 - g. Unternehmen mit professioneller Tresorerie;
 - h. grosse Unternehmen, d.h. ein Unternehmen, das zwei der folgenden Grössen überschreitet: a. Bilanzsumme von 20 Millionen Franken; b. Umsatzerlös von 40 Millionen Franken; c. Eigenkapital von 2 Millionen Franken;
 - i. für vermögende Privatkundinnen und -kunden errichtete private Anlagestrukturen mit professioneller Tresorerie.
- ¹⁰ Als institutionelle Kunden gelten professionelle Kunden nach Art. 4 Abs. 3 Bst. a–d sowie nationale und supranationale öffentlich-rechtliche Körperschaften mit professioneller Tresorerie (Art. 4 Abs. 4 FIDLEG).
- ¹¹ Guillaume Braid, La classification des clients selon la loi sur les services financiers, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht SZW, Zürich 2018, S. 485.
- ¹² Art. 4 Abs. 4 E-FIDLEV.
- ¹³ Art. 5 Abs. 3 bis 8 FIDLEG.
- ¹⁴ Art. 103 E-FIDLEV.
- ¹⁵ Art. 9 Abs. 1 FIDLEG i.V.m. Art. 13 E-FIDLEV.
- ¹⁶ Art. 8 Abs. 3 bis 5 FIDLEG.
- ¹⁷ Art. 105 E-FIDLEV.
- ¹⁸ Vgl. zur Abgrenzung von punktueller Anlageberatung zur Anlageberatung, die das gesamte Portfolio berücksichtigt, Luc Thévenoz, FIDLEG und das Vertragsrecht. Eine Einführung, in: Bankvertragsrecht, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), SBT Schweizerische Bankrechtstagung 2017, S. 249.
- ¹⁹ Art. 12 FIDLEG.
- ²⁰ Art. 16 E-FIDLEV.
- ²¹ Art. 105 E-FIDLEV.
- ²² Art. 12 FIDLEG.
- ²³ Botschaft, BBI 2015, S. 8901 ff., 8959.
- ²⁴ Art. 16 E-FIDLEV.
- ²⁵ Art. 105 E-FIDLEV.
- ²⁶ Art. 15 FIDLEG.
- ²⁷ Art. 105 E-FIDLEV.
- ²⁸ Botschaft, BBI 2015, S. 8901 ff., 8960, Art. 19 Abs. 2 E-FIDLEV.
- ²⁹ Art. 105 E-FIDLEV.
- ³⁰ BBI 2015, S. 8924, 8960.
- ³¹ Art. 20 E-FIDLEV, Botschaft, BBI 2015, S. 8960.
- ³² Art. 18 FIDLEG, Botschaft, BBI 2015, S. 8961.
- ³³ Art. 19 Abs. 1 FIDLEG.
- ³⁴ Art. 3 Abs. 1 lit. e FIDLEG.
- ³⁵ S. www.regsservices.ch.
- ³⁶ S. www.regsservices.ch.
- ³⁷ Das Beraterregister der Regulatory Services AG befindet sich momentan noch im Lizenzierungsverfahren bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsichtsbehörde FINMA.
- ³⁸ Art. 31 FIDLEG.
- ³⁹ Art. 1 FINIG.
- ⁴⁰ Art. 2 FINIG.
- ⁴¹ Art. 17 Abs. 1 FINIG.
- ⁴² Art. 17 Abs. 2 FINIG.
- ⁴³ Botschaft, BBI 2015, S. 8927.
- ⁴⁴ Art. 19 Abs. 1 und 2 E-FIDLEV.
- ⁴⁵ Vgl. Art. 11 E-FIDLEV.
- ⁴⁶ Art. 2 Abs. 2 lit. b FINIG i.V.m. Art. 2 Abs. 5 E-FIDLEV.
- ⁴⁷ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Juli 2019) (SR 311.0).
- ⁴⁸ Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 23. Juni 2000 (Stand am 1. Januar 2017) (SR 935.61).
- ⁴⁹ Art. 2 Abs. 2 lit. c FINIG.
- ⁵⁰ Art. 18 FINIG.
- ⁵¹ Vgl. für deren Inhalt und Ausgestaltung insbesondere Art. 4 E-FIDLEV.
- ⁵² Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 10. Oktober 1997 (Stand am 1. Januar 2019) (SR 955.0).
- ⁵³ Art. 74 Abs. 2 FINIG.
- ⁵⁴ Art. 74 Abs. 4 FINIG.
- ⁵⁵ Weder das FINIG noch das FIDLEG noch die dazugehörenden Materialien sprechen sich darüber aus. Gründe, die für eine Eintragungspflicht in das Beraterregister sprechen, sind die unterschiedlichen Regelungsbereiche, die Finanzdienstleistungen unter dem FIDLEG und die Finanzinstitute unter dem FINIG, aber auch die unterschiedlichen Adressaten der Pflichten. Das FINIG regelt die Finanzinstitute und das FIDLEG die Kundenberater. Insbesondere das FIDLEG bezweckt «die Schaffung vergleichbarer Bedingungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen durch Finanzdienstleister» (Art. 1 Abs. 1 FIDLEG), deren Ausfluss das Prinzip «same business, same risks, same rules» ist. Ähnlich risikobehaftete Finanzdienstleistungen sollten demnach den gleichen Spielregeln unterliegen. Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn sich Kundenberater von nicht FINIG-unterstellten Finanzdienstleistern (beispielsweise von Vermögensberatern) bis zum 30. Juni 2020 in das Beraterregister eintragen lassen müssen, Kundenberater von externen Vermögensverwaltern, die in den Genuss der Übergangsfrist kommen, jedoch nicht.
- ⁵⁶ Urs Zulauf u. a., Finanzmarktenforcement, 2. Aufl. 2014, S. 85 ff.
- ⁵⁷ Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG) vom 22. Juni 2007.