

Ein Jahr FINIG und FIDLEG

Christian Koller, Rechtsanwalt, LL.M., Koller Law AG (Zürich)

Am 1. Januar 2020 sind das Finanzinstitutsgesetz (FINIG) und das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) in Kraft getreten. Dieser Beitrag gibt eine Übersicht zum Übergangsregime (ohne Prospektrecht) und zum Timing für Bewilligungsgesuche von Vermögensverwaltern und Trustees.



Meldepflicht (FINIG)

Alle neu unterstellungspflichtigen Finanzinstitute waren gehalten, sich bis zum 30. Juni 2020 bei der FINMA zu melden. Verschiedentlich war zu hören, dass die Nichteinhaltung der Meldepflicht mit Rechtsnachteilen verbunden sei, etwa dass dadurch die Übergangsfrist für die Einreichung des Bewilligungsgesuchs gemäss Art. 74 Abs. 2 FINIG verwirkt werde oder die Kunden des Finanzinstituts nicht als qualifizierte Anleger gemäss Art. 10 Abs. 3^{er} KAG betrachtet werden können. Beides trifft nicht zu, da solche Konsequenzen nirgends statuiert werden und auch nicht aus den Materialien hervorgehen. Wie bei der Revision des Kollektivanlagengesetzes 2013, welches eine Meldepflicht für neu beaufsichtigte Schweizer Vermögensverwalter von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen vorsah, geht es bei der Melde-

pflicht nach FINIG lediglich «um eine erste Bestandesaufnahme» für die Aufsichtsbehörden. Vermögensverwalter und Trustees, welche die Meldepflicht nicht beachteten, verletzen zwar Aufsichtsrecht, eine schwere Verletzung (Voraussetzung für aufsichtsrechtliche Massnahmen nach Art. 31–35 und 37 FINMAG) liegt aber nicht vor.

Bewilligungspflicht (FINIG)

Bewilligung für am 31.12.2019 bereits aktive Vermögensverwalter und Trustees: Unter altem Recht nicht bewilligungspflichtige Finanzinstitute, welche bereits am 31. Dezember 2019 tätig waren, müssen bei der FINMA bis zum 31. Dezember 2022 ein Bewilligungsgesuch einreichen (Art. 74 Abs. 2 FINIG). Vermögensverwalter und Trustees müssen mit dem Bewilligungsgesuch den Nachweis erbringen, dass sie von einer Auf-

Zum Autor

RA lic. iur. Christian Koller, LL.M. (NYU) ist Inhaber der auf Finanzmarktrecht spezialisierten Kanzlei Koller Law AG in Zürich.

sichtsorganisation nach Art. 43a FINMAG («AO») beaufsichtigt werden (Art. 7 Abs. 2 FINIG). Der Aufnahmeprozess durch die AO muss somit vor Ablauf der Übergangsfrist am 31. Dezember 2022 abgeschlossen sein, damit das FINMA-Gesuch rechtzeitig gestellt werden kann. Die Dauer des Aufnahmeverfahrens durch die AO lässt sich derzeit nur schwer voraussagen. Aus Kreisen der AO ist zu hören, dass mit 4–8 Wochen gerechnet werden muss. Je näher das Ende der Deadline rückt, desto grösser dürfte die Arbeitslast der AO werden, weshalb «last movers» genügend Zeit einplanen und das Aufnahmegesuch wohl bis spätestens Anfang September 2022 stellen sollten. Ein früherer Zeitpunkt mag sich bei komplexeren Verhältnissen sowie dann aufdrängen, falls um Ausnahmen ersucht wird oder Zweifel an der Bewilligungsfähigkeit bestehen. In solchen Fällen steigt die Wahrscheinlichkeit, dass der AO zusätzliche Erklärungen geliefert oder Anpassungen vorgenommen werden müssen, wie man dies aus FINMA-Bewilligungsgesuchen kennt.

Bewilligung für im Jahr 2020 aktiv gewordene Vermögensverwalter und Trustees: Vermögensverwalter und Trustees, die ihre Tätigkeit 2020 aufgenommen haben, mussten sich unverzüglich bei der FINMA melden und die Bewilligungsvoraussetzungen des FINIG mit Ausnahme des Anschlusses an eine AO sofort einhalten (Art. 74 Abs. 3 FINIG). Weiter mussten sie sich einer Selbstregulierungsorganisation nach Art. 24 GwG anschliessen. Sodann müssen sich diese Finanzinstitute innerhalb eines Jahres nach Bewilligung der ersten AO einer solchen anschliessen und ein Bewilligungsgesuch bei der FINMA stellen. Diese Frist läuft am 6. Juli 2021 ab. Auch hier gilt, dass das Aufnahmegesuch nicht bis dann bei der AO eingereicht, sondern bis spätestens dann von dieser bewilligt sein muss. Für Vermögensverwalter und Trustees, die ihre Tätigkeit 2020 aufnahmen, empfiehlt sich eine AO-Gesuchseinreichung bis ca. März 2021, wobei sich in komplexeren Situationen auch hier ein rascheres Vorgehen aufdrängt.

Bewilligung für nach dem 31.12.2020 aktiv gewordene Vermögensverwalter und Trustees: Solche Vermögensverwalter und

Trustees dürfen ohne AO-Anschluss und FINMA-Bewilligung nicht tätig werden. Spätestens im Zeitpunkt, in dem die Gewerbmässigkeitskriterien (Art. 19 FINIV) erreicht werden, muss das FINIG eingehalten werden und die FINMA-Bewilligung folglich vorliegen.

Eine Eintragung in das Handelsregister ist nur möglich, wenn die (bedingte) Bewilligungsverfügung der FINMA vorgewiesen werden kann (Art. 5 Abs. 2 FINIG). Es ist nicht davon auszugehen, dass die Handelsregisterämter unterscheiden werden zwischen Vermögensverwaltern und Trustees, welche die Gewerbmässigkeitskriterien noch nicht erfüllen und solchen, welche diese erfüllen, und die noch nicht gewerbmässig tätigen Unternehmen eintragen werden. Daher wird eine Neueintragung ins Handelsregister voraussichtlich erst mit Bewilligung durch die FINMA möglich sein und eine vorgängige Eintragung unter Hinweis auf die fehlende Gewerbmässigkeit wohl nicht erwirkt werden können.

Exkurs: Bewilligung für ausländische Finanzinstitute mit Schweizer Zweigniederlassungen oder Vertretungen: Ausländische Finanzinstitute mit Schweizer Zweigniederlassungen oder Vertretungen unterstehen generell der Bewilligungspflicht der FINMA (Art. 52 ff. und 58 ff. FINIG). Diese für ausländische Banken und Wertpapierhäuser bereits bisher geltenden Anforderungen werden unter dem FINIG somit auf ausländische Verwalter von Kollektivvermögen, Vermögensverwalter und Trustees ausgeweitet. Übten die zuletzt Genannten ihre Tätigkeiten bereits vor dem 1. Januar 2020 aus, hatten sie sich bis zum 30. Juni 2020 bei der FINMA zu melden und müssen bis zum 31. Dezember 2022 den gesetzlichen Anforderungen genügen sowie ein Bewilligungsgesuch bei der FINMA stellen (Art. 93 Abs. 4 FINIV).

Art. 52 Abs. 2 und Art. 58 Abs. 2 FINIG sehen vor, dass ausländische Fondsleitungen in der Schweiz weder Zweigniederlassungen noch Vertretungen errichten dürfen. Dies ist für Niederlassungen und Vertretungen ausländischer Fund Management Companies, die in der Schweiz nicht in die klassischen Fondsleitungsaktivitäten (wie Entscheid über die



Achtung

Vermögensverwalter und Trustees müssen bei Einreichung des Bewilligungsgesuchs bei der FINMA den Nachweis erbringen, dass sie von einer AO beaufsichtigt werden. Um die Übergangsfristen des FINIG einzuhalten, muss der Gesuchsprozess bei der AO somit frühzeitig angeschoben und rechtzeitig abgeschlossen werden.

Ausgabe von Anteilen, die Anlagen und deren Bewertung, Berechnung NAV etc.) involviert sind, nicht nachvollziehbar. So sollte es bspw. möglich sein, dass die Vertretung einer irischen «Mega Manco» mit UCITS-, AIFMD- und MiFID II-Bewilligungen in der Schweiz die diskretionären Vermögensverwaltungsdienstleistungen oder die Fondsprodukte der ausländischen Mutter vermarkten kann. Aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes scheint das aber nicht zulässig. Eine Korrektur könnte in der Mantelverordnung im Bereich Blockchain (DLT-Mantelverordnung) vorgenommen werden und es ist zu hoffen, dass entsprechende Vernehmlassungsvoten vom EFD gehört werden. Die Vernehmlassung läuft bis zum 2. Februar 2021 und die daraus resultierenden Änderungen werden vom Bundesrat voraussichtlich per 1. August 2021 in Kraft gesetzt.



Bei am 31.12.2019 bereits aktiven Vermögensverwaltern und Trustees werden sich gemäss derzeitigem Kenntnisstand die Anschlussprüfungen durch die AO auf dieselben Dokumente stützen, die für das Bewilligungsgesuch bei der FINMA verlangt werden. Dies bedeutet, dass das Bewilligungsgesuch, welches auf der Website der FINMA verfügbar ist, nur einmal ausgefüllt werden muss.

Allgemeines zu den Übergangsfristen unter dem FIDLEG

Gemäss Art. 95 ff. FIDLEG und Art. 103 ff. FIDLEV gilt für die Einhaltung der meisten Pflichten unter dem FIDLEG eine zweijährige Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2021. Kürzere Fristen gelten insbesondere für die Eintragung in das Beraterregister sowie den Anschluss an eine Ombudsstelle und auch das Prospektrecht enthält eigenständige Fristen.

Die Umsetzung des FIDLEG setzt eine Kundensegmentierung voraus, welche frühzeitig an die Hand genommen werden sollte. Die Kundensegmentierung bestimmt das Ausmass der Anwendbarkeit der Verhaltensregeln, finden diese doch auf institutionelle Kunden keine Anwendung. Bei professionellen Kunden werden Angemessenheit und Eignung des Finanzinstruments bzw. der Finanzdienstleistung vermutet. Diese Kundengruppe kann sodann auf die Erfüllung der Informations-, Dokumentations- und Rechenschaftspflichten durch den Finanzdienstleister verzichten. Gegenüber Privatkunden sind die Verhaltensregeln des FIDLEG grundsätzlich uneingeschränkt anwendbar. Die Ergebnisse der Kundensegmentierung, die damit verbundenen Aufklärungen sowie die Opting-out- und Opting-in-Erklärungen müssen schriftlich festgehalten werden.

Keine Kundensegmentierung muss erfolgen, wenn ein Finanzdienstleister alle Kunden als Privatkunden behandelt.

Die Verhaltensregeln und die organisatorischen Vorgaben des FIDLEG müssen in internen Weisungen und Prozessen abgebildet werden. Bei der Umsetzung des FIDLEG sollten die Anforderungen des FINIG soweit sinnvoll ebenfalls bereits berücksichtigt werden, auch wenn hier u.U. längere Übergangsfristen bestehen. Sowohl die Formulare für die Kundensegmentierung als auch die Weisungstemplates sind bereits im Markt verfügbar.

Eintragung in Beraterregister (FIDLEG)

Kundenberater von nicht beaufsichtigten inländischen sowie von ausländischen Finanzdienstleistern müssen sich in ein Beraterregister eintragen lassen (Art. 28 Abs. 1 FIDLEG). Eine Ausnahme besteht für jene ausländischen Finanzdienstleister, die in ihrem Sitzstaat einer laufenden Aufsicht unterstehen und ihre Dienstleistungen in der Schweiz ausschliesslich gegenüber professionellen und institutionellen Kunden erbringen (Art. 28 Abs. 2 FIDLEG und Art. 31 FIDLEV).

Kundenberater sind natürliche Personen, die im Namen eines Finanzdienstleisters oder selbst als Finanzdienstleister gegenüber Kunden, also am «Point of Sale», Finanzdienstleistungen erbringen (Art. 3 lit. e FIDLEG). Nicht als Kundenberater gelten Mitarbeiter, die keinen Kontakt zu Kunden haben, sowie solche, welche die Erbringung von Finanzdienstleistungen lediglich in untergeordneter Weise unterstützen. Naturgemäss ist die Unterscheidung zwischen Kundenberatern und unterstützenden Mitarbeitern (wie beispielsweise Finanzanalysten oder andere Spezialisten, die an Kundenmeetings teilnehmen) nicht immer einfach und vom Einzelfall abhängig. Die Trustee-Tätigkeit ist keine Finanzdienstleistung gemäss Art. 3 lit. c FIDLEG. Somit besteht für Trustees bzw. deren Mitarbeiter grundsätzlich keine Pflicht zur Eintragung ins Beraterregister.

Die Frist zur Anmeldung beim Beraterregister endete sechs Monate nach Zulassung

der ersten Registrierungsstelle durch die FINMA und somit am 20. Januar 2021.

Anschluss an Ombudsstelle (FIDLEG)

Finanzdienstleister müssen sich einer Ombudsstelle anschliessen (Art. 77 FIDLEG). Art. 16 FINIG enthält eine identische Bestimmung für Finanzinstitute. Allerdings knüpft die Anschlusspflicht nicht an die Eigenschaft als Finanzinstitut, sondern an die Erbringung einer Finanzdienstleistung gemäss Art. 3 lit. c FIDLEG an (vgl. auch Art. 93 Abs. 2 FINIV). Entsprechend sind Trustees von der Anschlusspflicht befreit, wenn sie sich auf die Trustee-Tätigkeit gemäss Art. 17 Abs. 2 FINIG beschränken.

Aufgabe der Ombudsstellen ist es, Streitigkeiten über Rechtsansprüche zwischen Kunden und Finanzdienstleistern im Rahmen eines Vermittlungsverfahrens beizulegen (Art. 74 FIDLEG). Dabei kommt der Ombudsstelle keine Entscheidungskompetenz zu. Der Anschlusspflicht musste bis zum 24. Dezember 2020 genüge getan werden und sie galt unabhängig von der Kundengruppe, gegenüber welcher eine Finanzdienstleistung erbracht wird.

Letzterer Umstand (unabhängig von der Kundengruppe geltende Anschlusspflicht) wird durch das «Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register» (DLT-Mantelgesetz) und die darin vorgesehene Anpassung von Art. 77 FIDLEG geändert. Neu müssen sich nur noch jene Finanzdienstleister einer Ombudsstelle anschliessen, die Finanzdienstleistungen gegenüber Privatkunden gemäss Art. 4 Abs. 2 FIDLEG oder vermögenden Privatkunden nach Art. 5 Abs. 1 FIDLEG erbringen. Für Finanzdienstleister mit ausschliesslich institutionellen oder («geborenen») professionellen Kunden entfällt die Anschlusspflicht. Das DLT-Mantelgesetz tritt per Februar 2021 in Kraft. Gemäss der Medienmitteilung des EFD vom 9. November 2020 werden Finanzdienstleister, die der Anschlusspflicht zwischen dem 25. Dezember 2020 und dem 31. Januar 2021 im Einklang mit dem neuen Art. 77 FIDLEG nicht nachkommen, von der FINMA nicht geahndet.

Zusammenfassung

FIDLEG und FINIG sehen ein differenziertes, teils langfristiges Übergangsregime vor. Dies ist insbesondere aus Sicht der neu bewilligungspflichtigen Finanzinstitute zu begrüssen. Eine Verletzung der Meldepflicht nach Art. 74 Abs. 2 FINIG führt nicht etwa zum Verlust der Übergangsfristen.

Die Verhaltensregeln und die organisatorischen Anforderungen des FIDLEG müssen von einigen Ausnahmen abgesehen von allen Finanzdienstleistern spätestens ab dem 1. Januar 2022 umgesetzt werden. Dies bedeutet primär Kundensegmentierung sowie Abbildung und Umsetzung der Verhaltensregeln und der organisatorischen Vorgaben des FIDLEG in internen Weisungen und Prozessen.

Der Zeitpunkt, in welchem gemäss FINIG neu beaufsichtigte Finanzinstitute bei der FINMA die Aufnahmegesuche einreichen müssen, hängt vom Zeitpunkt der Aufnahme der bewilligungspflichtigen Tätigkeit ab.

Vermögensverwalter und Trustees müssen sich vor Einreichung des FINMA-Bewilligungsgesuchs bei einer AO angeschlossen haben, wofür genügend Zeit einzurechnen ist.

Gemäss dem DLT-Mantelgesetz und der dadurch bewirkten Anpassung des FIDLEG besteht für Finanzdienstleister mit ausschliesslich institutionellen Kunden sowie («geborenen») professionellen Kunden ab 1. Februar 2021 keine Pflicht zum Anschluss an eine Ombudsstelle. Finanzdienstleister, welche sich daher keiner Ombudsstelle angeschlossen haben, obwohl für die Zeit zwischen dem 25. Dezember 2020 und dem 31. Januar 2021 eine solche Pflicht bestanden hätte, haben keine negativen aufsichtsrechtlichen Konsequenzen zu befürchten.