

Kommentierung  
Finanzdienstleistungen

## Ablauf der Übergangsfrist gemäss Art. 74 Abs. 2 FINIG – Auswirkungen auf die Tätigkeit von Vermögensverwaltern und Trustees und deren Geschäftsmodelle



Daniel S. Weber,  
MLaw, Rechtsanwalt, LL.M.

### 1. Ausgangslage

Mit dem Inkrafttreten des Finanzinstitutsgesetzes (FINIG) am 1. Januar 2020 hat sich die Aufsicht über in der Schweiz ansässige Vermögensverwalter und Trustees geändert. Vermögensverwalter und Trustees werden neu von der FINMA bewilligt, wobei die Bewilligungserteilung über die Publikation auf der FINMA-Website analog zu Banken und Wertpapierhäusern kommuniziert wird. Die laufende Überprüfung der Einhaltung der Pflichten gemäss FINIG, Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Geldwäschereigesetz (GwG) erfolgt hingegen nicht durch die FINMA selbst, sondern durch von der FINMA bewilligte und überwachte Aufsichtsorganisationen (AO).

Die FINMA hat in ihrer Aufsichtsmitteilung 01/2022 vom 4. Mai 2022 auf den entsprechenden Bewilligungsprozess und die Fristen hingewiesen und betroffenen Instituten empfohlen, bis spätestens 30. Juni 2022 ein Bewilligungsgesuch bei einer AO zur Vorprüfung einzureichen. In der Aufsichtsmitteilung 02/2022 vom 11. August 2022 hat die FINMA erneut klargemacht, dass die Weiterführung der Geschäftsaktivität von Instituten, die bis zum 31. Dezember 2022 kein Bewilligungsgesuch bei der FINMA eingereicht haben, eine unerlaubte Tätigkeit darstelle. Institute, die ihr Gesuch fristgerecht bei der FINMA eingereicht haben, können ihre Geschäftstätigkeit hingegen fortführen, bis die FINMA über die Bewilligung entschieden hat (Art. 74 Abs. 2 FINIG).

Am 31. Dezember 2022 lief die dreijährige Übergangsfrist gemäss Art. 74 Abs. 2 FINIG ab. In der Aufsichtsmitteilung 02/2023 vom 30. Januar 2023 gab die FINMA den aktuellen Stand im Bewilligungsprozess von Vermögensverwaltern und Trustees bekannt. Bis Ende 2022 hat die FINMA 1699 Bewilligungsgesuche von Vermögensverwaltern und Trustees erhalten bzw. 704 Instituten eine Bewilligung erteilt (Stand 26. März 2023). 1060 Institute haben der FINMA mitgeteilt, dass sie kein Gesuch einreichen werden (Stand 3. Januar 2023).

Die FINMA nahm im November 2022 Kontakt auf mit 685 Instituten, die sich auf ihrer Plattform zwar als Vermögensverwalter oder Trustee registrierten, aber weder ein Gesuch bei einer AO oder der FINMA eingereicht hatten noch

#### Zugehörige Gesetzgebung

FINMA-Aufsichtsmitteilung  
02/2023

#### Rechtsgebiet(e)

Finanzdienstleistungen  
Finanzmarktinfrastrukturen  
Regulierung /  
Finanzmarktregulierung

#### Stichworte

FINMA | FINIG | FIDLEG |  
Geldwäscherei

anderweitig mit der FINMA in Kontakt getreten sind. Dabei handelt es sich insbesondere um Institute, die sich per 30. Juni 2020 bei der FINMA gemeldet hatten, um von der Übergangsfrist gemäss Art. 74 Abs. 2 FINIG zu profitieren. Knapp die Hälfte der Adressaten reagierte nicht. Instituten, die jedoch die fristgerechte Einreichung ihres Bewilligungsgesuchs verpasst haben und weiterhin gewerbmässig tätig sind, drohen aufsichtsrechtliche und strafrechtliche Konsequenzen.

Der vorliegende Beitrag zeigt einerseits auf, welche Geschäftsmodelle zu keiner bewilligungspflichtigen Vermögensverwaltungs- und Trusteetätigkeit führen. Andererseits werden die Konsequenzen aufgezeigt, welche bei einer unerlaubten Tätigkeit drohen.

## 2. Bewilligungspflichtige Tätigkeit als Vermögensverwalter und Trustee

### a. Im Allgemeinen

Gemäss Art. 17 Abs. 1 FINIG gilt als Vermögensverwalter, wer gestützt auf einen Auftrag gewerbmässig im Namen und für Rechnung der Kunden über deren Vermögenswerte im Sinne von Art. 3 Bst. c Ziff. 1–4 FIDLEG verfügen kann. Als Trustee gemäss Art. 17 Abs. 2 FINIG gilt, wer gestützt auf die Errichtungsurkunde eines Trusts im Sinne des Übereinkommens vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung gewerbmässig Sondervermögen zugunsten der Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck verwaltet oder darüber verfügt.

Charakteristisch für die Vermögensverwaltung ist somit, dass die mit dem Auftrag betraute Person selbständig die (umfassende) Fürsorge und Betreuung des ihr anvertrauten Vermögens im Rahmen einer im Voraus vereinbarten Anlagestrategie tätigt. Anlageentscheide werden i.d.R. selbständig durch den Vermögensverwalter getroffen. Dem Vermögensverwalter wird hierfür eine Vollmacht erteilt, um die Vermögenswerte im Namen und auf Rechnung seiner Kunden zu investieren. Die bewilligte Tätigkeit für Vermögensverwalter besteht in der Verwaltung von individuellen Portfolios bzw. in der Verwaltung von Kollektivvermögen (vgl. Art. 24 FINIG).

Als Vermögensverwalter und Trustees qualifizieren somit insbesondere Personen, die über eine (beschränkte) Vermögensverwaltungsvollmacht bei einer Depotbank verfügen und gewerbmässig tätig sind. Die Schweizerische Bankiervereinigung wies ihre Mitgliedbanken im Zirkular 8082 vom 31. August 2022 in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die beschränkte Vermögensverwaltungsvollmacht von Vermögensverwaltern von Depotbanken bei einem fehlenden Nachweis, d.h. keine Bewilligung bzw. keinen Nachweis der Einreichung des Bewilligungsgesuchs bei der FINMA, ab 1. Januar 2023 nicht mehr berücksichtigt werden darf. Zwar obliegt es grundsätzlich den Vermögensverwaltern und Trustees, die eigene Kundschaft über eine geplante Geschäftsaufgabe, einen Zusammenschluss oder eine sonstige Änderung des Geschäftsmodells (hierzu sogleich) zu informieren. Die Nichtberücksichtigung der Vermögensverwaltungsvollmacht ab 1. Januar 2023 kann allerdings dazu führen, dass Depotbanken Kundenportfolios mangels vollständiger Neuregelung und Dokumentation nicht mehr aktiv betreuen können und diese entsprechenden (Markt-)Risiken ausgesetzt sind. Es ist deshalb für eine Depotbank aus Risikoüberlegungen empfehlenswert, Kunden

von unbewilligten Vermögensverwaltern oder Trustees entsprechend zu informieren.

## **b. Gewerbsmässigkeit im Besonderen**

Gewerbsmässigkeit im Sinne des FINIG ist gegeben, wenn eine selbstständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt (Art. 3 FINIG). Art. 19 Abs. 1 der Finanzinstitutsverordnung (FINIV) konkretisiert den Begriff der Gewerbsmässigkeit: Vermögensverwalter und Trustees üben ihre Tätigkeit gewerbs- und im Sinne des Geldwäschereirechts berufsmässig (vgl. Art. 7 Abs. 1 GwV) aus, wenn sie:

- damit pro Kalenderjahr einen Bruttoertrag von mehr als CHF 50'000 erzielen;
- pro Kalenderjahr mit mehr als 20 Vertragsparteien Geschäftsbeziehungen aufnehmen, die sich nicht auf eine einmalige Tätigkeit beschränken, oder pro Kalenderjahr mindestens 20 solche Beziehungen unterhalten; oder
- unbefristete Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte haben, die zu einem beliebigen Zeitpunkt CHF 5 Mio. überschreiten.

Die Tätigkeit für Einrichtungen und Personen nach Art. 2 Abs. 2 Bst. a, b, d und e FINIG wird für die Beurteilung der Gewerbsmässigkeit nicht berücksichtigt (hierzu sogleich Ziff. 3.a).

## **3. Nicht bewilligungspflichtige Geschäftsmodelle**

Es bestehen verschiedene Geschäftsmodelle, die keine Bewilligungspflicht der FINMA zur Folge haben. Nachfolgend werden verschiedene Möglichkeiten kurz dargestellt, welche keine Bewilligungspflicht auslösen.

### **a. Ausnahmen gemäss Art. 2 Abs. 2 FINIG**

Nicht in den Anwendungsbereich des FINIG fallen gemäss Art. 2 Abs. 2 FINIG:

- Personen, die ausschliesslich Vermögenswerte von mit ihnen wirtschaftlich oder familiär verbundenen Personen verwalten;
- Personen, die ausschliesslich Vermögenswerte im Rahmen von Arbeitnehmerbeteiligungsplänen verwalten;
- Personen, die im Rahmen eines gesetzlich geregelten Mandats Vermögen verwalten.

Als "wirtschaftlich verbunden" gelten gemäss Art. 3 FINIV Gesellschaften oder Einheiten eines Konzerns, soweit sie für andere Gesellschaften oder Einheiten desselben Konzerns Finanzdienstleistungen oder Dienstleistungen als Trustee erbringen. Art. 4 Abs. 1 FINIV führt diejenigen Personen auf, die als "familiär verbunden" gelten. Darunter fallen etwa Verwandte und Verschwägerter in gerader Linie, Ehegatten und eingetragene Partnerinnen und Partner oder Personen, die mit einem Vermögensverwalter oder Trustee in einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft leben.

Familiäre Verbundenheit liegt weiter vor (Art. 4 Abs. 2 FINIV), soweit Vermögensverwalter Vermögenswerte oder Trustees Sondervermögen zugunsten von Personen verwalten, die untereinander familiär verbunden sind, oder wenn die Vermögensverwalter oder Trustees direkt oder indirekt kontrolliert werden durch:

- Dritte, die mit den Personen familiär verbunden sind;
- einen Trust, eine Stiftung oder ein ähnliches Rechtsgebilde, das durch eine familiär verbundene Person errichtet wurde.

Art. 5 FINIV definiert sodann die "Arbeitnehmerbeteiligungspläne" und Art. 6 FINIV führt die "gesetzlich geregelten Mandate" auf.

## b. Keine Gewerbsmässigkeit

Ein Vermögensverwalter oder Trustee benötigt keine Bewilligung der FINMA, wenn sein Geschäftsmodell unterhalb der Gewerbsmässigkeitsschwelle gemäss Art. 19 Abs. 1 FINIV bleibt (vgl. hierzu Ziff. 2.b).

Nicht gewerbsmässig tätige Vermögensverwalter und Trustees erbringen aber trotzdem eine Finanzdienstleistung i.S.v. Art. 3 Bst. c Ziff. 3 FIDLEG, weshalb sie sich in ein Beraterregister gemäss Art. 28 ff. FIDLEG eintragen bzw. die entsprechenden Voraussetzungen (Art. 29 FIDLEG) erfüllen müssen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Gewerbsmässigkeitsbegriff des FIDLEG (vgl. Art. 3 Bst. d FIDLEG) nach der hier vertretenen Ansicht nicht mit jenem des FINIG, d.h. Art. 3 FINIG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 FINIV, identisch ist. Nicht gewerbsmässig tätige Vermögensverwalter und Trustees müssen sich deshalb ebenfalls in das Beratungsregister eintragen, einer Ombudsstelle anschliessen (Art. 77 FIDLEG) und die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG einhalten (Art. 7 ff. FIDLEG), sofern sie im Sinne des FIDLEG gewerbsmässig tätig sind.

## c. Reine Anlageberatung als Finanzberater

Finanzberater, die nicht als Vermögensverwalter oder Trustee tätig sind, sondern reine Anlageberatungsdienstleistungen erbringen, benötigen keine Bewilligung der FINMA. Die Anlageberatung bzw. "Investment Advice Only", also die Erteilung von persönlichen Empfehlungen, die sich auf Geschäfte mit Finanzinstrumenten beziehen, gilt gemäss Art. 3 Bst. c Ziff. 4 FIDLEG jedoch als Finanzdienstleistung. Gewerbsmässig tätige Finanzberater müssen sich deshalb ebenfalls in das Beratungsregister eintragen, einer Ombudsstelle anschliessen und die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG einhalten. Der Eintrag in das Beraterregister muss vor der Erbringung von Finanzdienstleistungen in der Schweiz bzw. gegenüber in der Schweiz domizilierten Kunden erfolgen.

Ob eine reine Anlageberatung oder doch eine Vermögensverwaltung vorliegt, entscheidet sich anhand der Frage, ob der Finanzberater nur beratend auftritt oder aber für seine Kunden auch Anlageentscheide trifft und eine Vollmacht erhält, um über deren Vermögenswerte zu verfügen. Die Abgrenzung ist hier regelmässig nicht immer eindeutig und wirft in der Praxis häufig komplexe Fragen auf. Der Finanzberater unterstützt die Kunden mit seiner Expertise, wobei die Kunden die Anlagen i.d.R. jedoch selbst tätigen. Anders als bei der Vermögensverwaltung liegt somit bei der Anlageberatung keine Fremdverwaltung vor. Die Kunden entscheiden und bestimmen die Anlagestrategie selbst.

Finanzberater, die für ihre Kunden Anlagen in andere Vermögenswerte, die keine Finanzinstrumente im Sinne des FIDLEG darstellen, tätigen (z.B. Kryptowährungen), können bei einer gewerbsmässigen Ausübung unter Umständen als Finanzintermediär i.S. des GwG qualifizieren und müssen sich entsprechend einer Selbstregulierungsorganisation (SRO) anschliessen.

## 4. Folgen einer unerlaubten Vermögensverwaltungs- und Trusteetätigkeit

Die unerlaubte Vermögensverwaltungs- und Trusteetätigkeit hat aufsichts- und strafrechtliche Konsequenzen.

### a. Aufsichtsrechtliche Massnahmen

Gemäss Aufsichtsmittteilung 02/2023 hat die FINMA seit 2020 307 Abklärungen wegen Verdachts auf eine unbewilligte Vermögensverwaltungs- oder Trusteetätigkeit eröffnet. Zudem erstattete sie bis zum 31. Dezember 2022 insgesamt 27 Strafanzeigen in diesem Zusammenhang. Sodann setzte die FINMA 153 Institute auf ihre öffentliche Warnliste. Mit der Warnliste weist die FINMA auf Institute hin, die ihrer Auskunftspflicht gegenüber der FINMA nicht nachgekommen sind und über keine Bewilligung verfügen.

Bei der Festlegung der aufsichtsrechtlichen Massnahmen ist unter anderem die Dauer der bewilligten Tätigkeit von Bedeutung sowie, ob das Institut ein – wenn auch verspätetes – Bewilligungsgesuch bei der FINMA eingereicht hat oder – schwerwiegender – kein solches gestellt und die FINMA das Ausüben einer unbewilligten Tätigkeit selbst festgesellt hat. Die Enforcement-Abteilung der FINMA wird in solchen Fällen selber Abklärungen einleiten und bei Verdachtsmomenten Strafanzeige erstatten. Bei Verstössen gegen die Finanzmarktgesetze steht für die FINMA aus aufsichtsrechtlicher Perspektive zunächst die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands beim Institut im Zentrum. Zusätzlich kann die FINMA auch Massnahmen gegen natürliche Personen ergreifen, die für die Missstände beim Institut verantwortlich sind. Sollten die Bewilligungsvoraussetzungen nicht erfüllt oder der ordnungsgemässe Zustand nicht wiederherstellbar sein, wird die FINMA aufsichtsrechtliche Massnahmen anordnen, welche bis zur Liquidation führen können.

### b. Strafrechtliche Folgen

Die FINMA trifft aufgrund Art. 38 Abs. 3 FINMAG eine Strafanzeigepflicht. Erhält sie Kenntnis von Widerhandlungen gegen die Finanzmarktgesetze wie das FINIG, erstattet sie beim Strafrechtsdienst des Eidgenössischen Finanzdepartments (EFD) eine Strafanzeige. Gestützt auf die Strafanzeige eröffnet das EFD in der Folge ein Verwaltungsstrafverfahren gegen die unerlaubten tätigen Vermögensverwalter und Trustees bzw. gegen deren Organe. Das EFD ist dabei verfolgende und urteilende Behörde (Art. 50 Abs. 1 FINMAG).

Gemäss Art. 44 Abs. 1 FINMAG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer vorsätzlich ohne Bewilligung, Anerkennung, Zulassung, Registrierung oder Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation nach Art. 24 Abs. 1 GwG eine nach den Finanzmarktgesetzen bewilligungs-, anerkennungs-, zulassungs- oder registrierungspflichtige Tätigkeit oder eine Tätigkeit, die den Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation voraussetzt, ausübt. Wer fahrlässig handelt, wird mit Busse bis zu CHF 250'000 bestraft (Art. 44 Abs. 2 FINMAG).

Vorliegend dürfte aufgrund der mehrjährigen Übergangsfrist klar sein, dass i.d.R. wohl zumindest nicht mehr von reiner Fahrlässigkeit ausgegangen werden kann. Die Folgen einer Verurteilung sind neben einem Strafregistereintrag auch

der allfällige Verlust der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit im Zusammenhang mit der Tätigkeit bei (anderen) bewilligten Instituten.

## 5. Fazit und Handlungsempfehlungen

Mehrere hundert Institute haben zuletzt nicht auf Anfragen der FINMA reagiert und verfügen über keine Bewilligung. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die FINMA ihre Enforcement-Aktivitäten in den kommenden Monaten auf diese Institute fokussieren wird, um deren Geschäftsmodelle genauer zu untersuchen und allfällige unerlaubte Geschäftstätigkeiten zu adressieren.

Vor dem Hintergrund der abgelaufenen Übergangsfrist drängen sich folgende Handlungsempfehlungen für Vermögensverwalter und Trustees mit noch fehlender Bewilligung bzw. "angepasstem" Geschäftsmodell auf:

- Passt ein Institut das Geschäftsmodell an, muss nicht nur die Bezeichnung der Dienstleistung, sondern das Geschäftsmodell tatsächlich und effektiv angepasst werden. Eine eingehende Analyse des veränderten Geschäftsmodells durch eine Fachperson zeigt die regulatorischen Folgen auf (z.B. Eintrag ins Beraterregister) und verhindert böse Überraschungen.
- Erstattet die FINMA aufgrund des Verdachts auf eine unerlaubte Tätigkeit eine Strafanzeige an das EFD und eröffnet dieses in der Folge ein Verwaltungsstrafverfahren, so sollte umgehend eine spezialisierte Anwaltskanzlei mit der Interessenwahrung beauftragt werden. Anhand einer massgeschneiderten Verteidigungsstrategie werden die mit einem solchen Strafverfahren einhergehenden Rechts- und Reputationsrisiken möglichst umfassend adressiert.

iusNet BR-KR 30.03.2023