

Positionsänderung von Schweizer Trustees angesichts der neuen Vorschriften zum Investmentgeschäft

Im Oktober 2009 war Ray Scott Co-Autor eines Artikels für das STEP Journal mit dem Titel „The times they are a changin‘“¹, dessen Fokus auf umsichtigen Anlagemanagement in einer sich verändernden Welt und den erhöhten Risiken für Trustees bei anlagebezogenen Rechtsstreitigkeiten lag.

Der schnelle Vorlauf zum Jahr 2020 und die Einführung des Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG) und des Finanzinstitutsgesetzes (FINIG) hatten bereits bedeutende Auswirkungen auf die Schweizer Treuhandbranche. Während auf kurze Sicht der Schwerpunkt auf Registrierungs-, Lizenzierungs- und Organisationsfragen liegt, wird die Einführung der Gesetze jedoch auch Auswirkungen darauf haben, auf welche Art und Weise Trustees ihr Anlagegeschäft betreiben.

Da sich die Gesetzgebung stark auf den Kundenschutz konzentriert, könnte dies für die Trustees schwierige Fragen bezüglich der Anlageperformance und der Auswahl der Investmentmanager aufwerfen. Als Eigentümer oder rechtlicher Titelinhaber der Vermögenswerte innerhalb eines Trusts haben Trustees bestimmte treuhänderische Pflichten und Verantwortlichkeiten. In Ermangelung eines kodifizierten Schweizer Treuhandgesetzes können wir zur Orientierung einen Blick auf andere Quellen und Rechtsgebiete werfen, da wir glauben, dass die Schweizer Aufsichtsbehörden dies in den kommenden Jahren ebenfalls tun werden. Betrachtet man Jersey als eine gut entwickelte Trust-Jurisdiktion, so sind die primären Pflichten eines Trustees, wie sie im Trusts (Jersey) Law 1984² festgelegt sind:

(1) A trustee shall in the execution of his or her duties and in the exercise of his or her powers and discretions –

(a) act –

(i) with due diligence,

(ii) as would a prudent person,

(iii) to the best of the trustee's ability and skill; and

(b) observe the utmost good faith.

(2) Subject to this Law, a trustee shall carry out and administer the trust in accordance with its terms.

(3) Subject to the terms of the trust, a trustee shall –

(a) so far as is reasonable preserve the value of the trust property;

(b) so far as is reasonable enhance the value of the trust property.

¹ STEP Journal 10 2009 gemeinsam verfasst mit Fred Milner von Mourant & Co. Jersey

² Das Jersey Trusts Law ist nach angelsächsischen Prinzipien des Common Law verfasst

Teil 3 bezieht sich eindeutig auf die Erbringung von Finanzdienstleistungen, und das FIDLEG ist recht spezifisch, wenn es darum geht, sowohl die Anforderungen für die Erbringung solcher Dienstleistungen im Einzelnen zu präzisieren, als auch festzulegen, dass Finanzdienstleister bei der Erbringung ihrer Leistungen die im Verhaltenskodex vorgegebenen Aufsichtspflichten einhalten müssen. Was bedeutet dies für die Trustees und wie wirkt es sich auf ihre treuhänderischen Pflichten aus?

Zuerst einmal müssen wir versuchen, die Behandlung der Trustees nach den neuen Bestimmungen festzulegen. Das Schweizerische Finanzdienstleistungsgesetz³ definiert Finanzdienstleister als *Personen, die gewerbmässig Finanzdienstleistungen in der Schweiz oder für Kundinnen und Kunden in der Schweiz erbringen, wobei Gewerbmässigkeit gegeben ist, wenn eine selbstständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt*. Ein Trustee fällt daher unter diese Definition, ebenso wie andere Finanzdienstleister, wie Portfolio- und Vermögensverwalter.

Da Trustees in der Regel die Anlageverwaltung des Treuhandvermögens eines Trusts an einen dritten Anlageanbieter (in der Regel einen regulierten Vermögensverwalter) auslagern, können sie – sofern die Vermögensverwaltung an einen solchen, prudentiell überwachten Anbieter ausgelagert wurde – das Gefühl haben, dass sie dadurch von einigen (oder allen) Verbindlichkeiten entlastet werden. Gemäss den Bestimmungen des FINMA Rundschreibens zur Auslagerung **gilt jedoch der Trustee als Finanzdienstleister**. Die FINMA⁴ hält fest, dass das Unternehmen gegenüber der FINMA genauso rechenschaftspflichtig bleibt, als würde es die ausgelagerte Funktion selbst wahrnehmen. Dies bedeutet, dass der Trustee bei der Auswahl der Anlagen Vorsicht walten lassen und Kenntnisse über die angebotenen Finanzprodukte nachweisen muss.

Darüber hinaus müssen die Trustees mit dem Anlagerisikoprofil des Trusts, den von den Settlors festgelegten Bestimmungen, sowie den Zielen des Trusts vollständig vertraut sein, um fundierte Entscheidungen in Bezug auf geeignete Anlageprodukte treffen zu können. Dazu gehört auch die Auslagerung der Anlageverwaltung an eine dritte Partei, wobei die Trustees in der Lage sein müssen, die Angemessenheit und Eignung der dritten Partei nachzuweisen. Gemäss Abschnitt 3 des FIDLEG gibt es spezifische Anforderungen hinsichtlich der Angemessenheit und Eignung von Finanzdienstleistungen.

Artikel 12 in Abschnitt 3 „Angemessenheit und Eignung von Finanzdienstleistungen“, enthält Richtlinien – ohne diese vollständig zu redigieren, da sie alle für die Erbringung von Finanzdienstleistungen relevant sind – welche der Trustee als Anbieter von Finanzdienstleistungen einhalten muss: *Eignungsprüfung; Ein Finanzdienstleister, der die Anlageberatung unter Berücksichtigung des Kundenportfolios oder die Vermögensverwaltung erbringt, muss sich über die finanziellen Verhältnisse und Anlageziele sowie über die Kenntnisse und Erfahrungen der Kundin oder des Kunden erkundigen. Diese Kenntnisse und Erfahrungen beziehen sich auf die Finanzdienstleistung und nicht auf die einzelnen Transaktionen*. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass wir den Trustee zwar nur als Finanzdienstleister bezeichnet haben, Kundenberater jedoch natürliche Personen sind,

³ FIDLEG vom 15. Juni 2018 per 1. Januar 2020

⁴ FINMA Rundschreiben 2018/3

die im Auftrag eines Finanzdienstleisters oder in ihrer Eigenschaft als Finanzdienstleister Finanzdienstleistungen erbringen, d.h. Relationship Manager, Trustee, Portfoliomanager usw.

Unter der Voraussetzung, dass die Treuhänder über gut etablierte und dokumentierte Verfahren für die Risikobewertung des Trusts, eine Erklärung zur Anlagepolitik für jeden Trust, Verfahren für die Bewertung und Auswahl von Anlagemanagern und -produkten verfügen, und unter der Voraussetzung, dass jeder Schritt des Prozesses sorgfältig befolgt wird, sollte dies den Trustees eine Verteidigungslinie gegen mögliche Angriffe des Settlors oder der Begünstigten bieten, welche der Ansicht sein könnten, dass die Anlagen für den Zweck des Trusts nicht geeignet waren – in der Regel dann, wenn eine erhebliche Underperformance, Abweichungen von festgelegten Anlagezielen und Risikoprofilen oder das Versagen eines Managers aufgetreten sind.

Das eindeutige Risiko für die Trustees, wenn sie diese Verfahren nicht anwenden, besteht darin, dass bei der Auswahl ungeeigneter Investitionen, bei denen grosse Verluste entstehen, davon ausgegangen wird, dass die Trustees ihrer treuhänderischen Verantwortung für die Erhaltung des Vermögens im Trust nicht nachgekommen sind, sodass sie möglichen Rechtsstreitigkeiten ausgesetzt sind.

Die Trustees müssen sich auch an die im Outsourcing-Rundschreiben festgelegten Anforderungen halten, wonach die ausgelagerte Funktion auch in die internen Kontrollsysteme des Unternehmens integriert werden muss, wobei die Hauptrisiken systematisch identifiziert, überwacht, quantifiziert und kontrolliert werden müssen. Der Trustee muss auch in der Lage sein, eine Aufgabentrennung als Teil der internen Kontrollen nachzuweisen, was insbesondere kleinere Unternehmen einer grösseren Belastung bei der Sicherstellung der Einhaltung der Vorschriften aussetzt. Wir möchten jedoch darauf hinweisen, dass wir zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Artikels noch auf Richtlinien der FINMA warten, die erklären, wie kleinere Organisationen ihre internen Kontrollen einzurichten haben.

Dies bedeutet, dass ein Trustee nun sicherstellen muss, dass er über das technische Wissen und ausreichende Informationen verfügt, um seiner Verantwortung gegenüber den Anlageanbietern nachkommen zu können. Die andere Möglichkeit, die dem Trustee offensteht, besteht darin, eine dritte Partei mit der Anlageaufsicht und -kontrolle zu beauftragen, um sicherzustellen, dass alle Anlagemandate gemäss der Erklärung zur Anlagepolitik des Trusts angelegt werden, den Erwartungen und den festgelegten Anlagerichtlinien entsprechen und in regelmässigen Abständen angepasst werden, um sich ändernden Umständen Rechnung zu tragen.

Damit würde eine ausgelagerte Investitionsüberwachungs- oder -kontrollfunktion geschaffen, welche die Investitionsanbieter unparteiisch und objektiv bewerten kann, ohne dass es zu einem Interessenkonflikt kommt. Einer der häufigsten Interessenkonflikte besteht darin, dass die Trustees zögern, einen Anlageverwalter abzurufen, weil sie entweder das Unternehmen an dessen Institution verwiesen haben oder der Settlor und/oder die Begünstigten eine langjährige und enge Beziehung zur jeweiligen Institution haben, die weiter zurückreicht als ihre Beziehung zu den Trustees. Unter solchen Umständen fällt ein Versäumnis, das Vermögen zu schützen, in der Regel auf den Trustee zurück und kann zu Rechtsstreitigkeiten und Gegenklagen zwischen allen Parteien führen.

Zusätzlich zu den Herausforderungen, die sich aus der Auslagerung von Anlageverwaltungsfunktionen ergeben, hat die neue Gesetzgebung den Finanzdienstleistern zusätzliche Verantwortlichkeiten im Hinblick auf ihren internen Umgang mit Kunden auferlegt. Alle Kunden müssen nun entsprechend ihrem Wissen und ihrer Erfahrung in eine der folgenden Kundengruppen⁵ kategorisiert und segmentiert werden:

- a. Privatkundinnen und -kunden
- b. professionelle Kunden
- c. institutionelle Kunden

Dies wirft interessante Fragen bezüglich der Behandlung von Trusts auf:

- Sollte ein Trustee jede Partei des Trusts qualifizieren müssen?
 - Einschliesslich des Settlors, der Begünstigten oder Kategorien von Begünstigten, oder;
- Werden sie einfach als professioneller Kunde in ihrer Eigenschaft als Eigentümer der Vermögenswerte und Finanzdienstleister eingestuft?

Wir glauben, dass diese Frage zu gegebener Zeit durch Testfälle vor Schweizer Gerichten oder durch ein Schweizerisches Trust-Gesetz beantwortet werden wird, aber zum jetzigen Zeitpunkt berücksichtigt die bestehende Regelung eindeutig nicht die Komplexität eines Trusts, der nach angelsächsischem Common Law verfasst wurde.

Die oben skizzierten Fragen sind diejenigen, die wahrscheinlich den grössten Einfluss auf die Art und Weise haben werden, wie die Trustees ihre Anlagebeziehungen und Anbieter angehen. Auch wenn es andere Überlegungen gibt, die zu weiteren Änderungen führen könnten, sind wir der Meinung, dass diese für die Trustees ausreichend sind, um sie kurzfristig in Betracht zu ziehen und anzugehen.

Klar ist, dass die Trustees in dem Masse, in dem die FINMA neue Richtlinien und Anforderungen erlässt, Massnahmen ergreifen müssen, um sicherzustellen, dass sie bei der Auswahl und Überwachung ihrer Investitionsbeziehungen weiterhin die Best Practice befolgen und sich an diese halten. Um den ursprünglichen Artikel zu paraphrasieren – für die Schweizer Trustees werden sich die Zeiten ganz gewiss ändern.

⁵ Siehe Artikel 4 & 5 FIDLEG