

DAS NEUE FINANZINSTITUTSGESETZ

Auswirkungen auf die Tätigkeit als Trustee*

Bis heute werden unabhängige Trustees in der Schweiz als solche aufsichtsrechtlich regelmässig nicht erfasst. Dies wird sich mit dem Inkrafttreten einer neuen Aufsichtsgesetzgebung, voraussichtlich ab dem 1. Januar 2020, ändern.

1. DERZEITIGE RECHTLAGE UND GESETZLICHE ENTWICKLUNGEN

Der schweizerische Bundesrat hat Anfang November 2015 die Botschaft zu einem neuen *Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)* und zu einem neuen *Finanzinstitutsgesetz (FINIG)* [1] verabschiedet [2]. Nach ausgiebigen parlamentarischen Beratungen und Änderungen wurden die beiden Gesetze schliesslich am 15. Juni 2018 vom Parlament angenommen. Die Referendumsfrist läuft am 4. Oktober 2018 ab. Durch das FIDLEG/FINIG soll der Kundenschutz auf dem Schweizer Finanzmarkt gestärkt, die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes gefördert, für alle Marktteilnehmer vergleichbare Voraussetzungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen geschaffen sowie eine kohärente und angemessene Aufsicht über den Betrieb des Vermögensverwaltungsgeschäfts etabliert werden [3].

Weil das FINIG – im Übrigen auf Initiative einer Trust-Vereinigung [4] – auch Trustees umfasst, werden diese künftig nicht nur betreffend die Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung [5], sondern ebenfalls hinsichtlich ihrer eigentlichen Geschäftstätigkeit prudenziell überwacht [6] und einer Bewilligungspflicht [7] unterstellt [8].

2. AUFSICHTSRECHTLICHE ERFASSUNG DES TRUSTEES

2.1 Definition des Trustees. Unter aufsichtsrechtlichen Aspekten gilt als Trustee, wer gestützt auf die Errichtungsurkunde eines Trusts im Sinne des Haager Übereinkommens vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung [9] *gewerbmässig* Sondervermögen zugunsten der Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck verwaltet oder darüber verfügt [10].



OLIVER ARTER,
LIC. IUR. HSG,
TEP, RECHTSANWALT,
KONSULENT,
FRORIEP LEGAL AG,
ZÜRICH,
OARTER@FRORIEP.CH

Unter einem Trust sind die von einer Person, dem Begründer (Settlor), – durch Rechtsgeschäft unter Lebenden [11] oder für den Todesfall [12] – geschaffenen Rechtsbeziehungen, mittels derer Vermögen zugunsten eines oder mehrerer Begünstigter oder für einen bestimmten Zweck [13] der Kontrolle eines Trustees unterstellt wurden, zu verstehen [14]. Ein Trust kennzeichnet sich vorerst dadurch, dass das Vermögen des Trusts ein getrenntes Sondervermögen darstellt und nicht Bestandteil des persönlichen Vermögens des Trustees ist [15]. Die Rechte in Bezug auf das Vermögen des Trusts lauten auf den Namen des Trustees oder auf den einer anderen Person in Vertretung des Trustees [16]. Der Trustee hat die Befugnis und die Verpflichtung, über welche er Rechenschaft abzulegen hat, das Trust-Vermögen in Übereinstimmung mit den Trust-Bestimmungen und den ihm durch das Recht auferlegten besonderen Verpflichtungen zu *verwalten*, zu *verwenden* oder darüber zu *verfügen* [17]. Es ist denn auch diese Vermögensverwaltungs- und Vermögensverfügungsbefugnis eines Trustees, welche den Ansatzpunkt zu einer finanzmarktrechtlichen Beaufsichtigung darstellt [18]. Die Tatsache, dass sich der Begründer eines Trusts selber bestimmte Rechte und Befugnisse vorbehält [19] oder dass der Trustee selbst Rechte als Begünstigter hat, steht dem Bestehen eines Trusts nicht notwendigerweise entgegen [20].

Da die Schweiz nicht schriftlich nachgewiesene Trusts anerkennt [21], ist trotz des Wortlauts der geplanten Gesetzesbestimmung davon auszugehen, dass auch Trustees, welche gewerbmässig Sondervermögen nicht schriftlich nachgewiesener Trusts, also entweder mündlich errichteter Trusts oder schriftlich errichteter, aber nicht mehr schriftlich nachweisbarer Trusts [22], verwalten, einer Beaufsichtigung unterstehen, sofern sie gewerbmässig tätig sind. Von der Beaufsichtigung erfasst sind ohne Weiteres auch Trustees sogenannter «Binnentrusts» [23].

Nicht unter die Aufsichtsgesetzgebung sollen nach dem vorgesehenen Wortlaut Trustees fallen, welche ausschliesslich Vermögenswerte von mit ihnen *wirtschaftlich* oder *familiär* [24] verbundenen Personen [25] oder welche ausschliesslich Vermögenswerte im Rahmen von Arbeitnehmerbeteiligungsplänen (sog. «Pension Fund Trust» [26]) verwalten [27].

2.2 Inländische Trustees. Ein schweizerischer Trustee ist jeder Trustee mit Sitz [28] oder Wohnsitz [29] in der Schweiz [30],

welcher seine Tätigkeit innerhalb der Schweiz oder von der Schweiz aus ins Ausland ausübt [31]. Die effektive Verwaltung eines schweizerischen Trustees hat aus der Schweiz zu erfolgen [32].

Schweizerische Trustees haben sämtliche persönlichen, finanziellen und organisatorischen Anforderungen des FINIG zu erfüllen [33].

2.3 Ausländische Trustees

2.3.1 Vorbemerkung. Die Schweiz kennt – zumindest bis jetzt – kein eigenes Trust-Recht [34]. Abgesehen davon, dass schweizerische Trustees ihre eigentliche Trustee-Tätigkeit nach ausländischem Recht erbringen und hierzu oft über Zweigniederlassungen, Vertretungen oder Kooperationen im Ausland verfügen, für welche allenfalls eigene regulatorische Anforderungen nach lokalem Recht bestehen, ist der schweizerische Trustee-Markt von einer Vielzahl ausländischer und internationaler Trustees durchdrungen.

Die Tätigkeit ausländischer Trustees in der Schweiz kann unterschiedlich erfolgen. Je nachdem wie ein ausländischer Trustee seine Tätigkeit auf dem schweizerischen Trustee-Markt erbringt, sind künftig unterschiedliche aufsichtsrechtliche Vorgaben zu erfüllen.

2.3.2 Zweigniederlassung. Trustees mit Sitz im Ausland, welche in der Schweiz eine Zweigniederlassung errichten wollen, in welcher sie *Personen beschäftigen, die im Namen* des betreffenden ausländischen Finanzinstituts *dauernd* und *gewerbsmässig* in der Schweiz oder von der Schweiz aus eine *Tätigkeit als Trustee ausüben*, benötigen eine Bewilligung [35] der Aufsichtsbehörde [36]. Die Bewilligung wird erteilt, wenn insbesondere bestimmte Anforderungen betreffend Organisation, Personal, finanzielle Mittel, Gewähr usw. erfüllt sind [37].

Das FINIG kommt auch bei «faktischen Zweigniederlassungen» zur Anwendung. Trustees, welche im Ausland ihren statutarischen oder gesellschaftsvertraglichen Sitz haben, unterstehen deshalb der Aufsichtsgesetzgebung und benötigen u. a. eine Bewilligung, wenn ihre Willensbildung organisiert und regelmässig in der Schweiz erfolgt oder für sie hier eine organisierte regelmässige Tätigkeit ausgeübt wird [38].

Wird ein ausländischer Trustee tatsächlich in der Schweiz geleitet oder wickelt er seine Geschäfte ausschliesslich oder überwiegend in oder von der Schweiz aus ab, hat er sich nach dem schweizerischen Recht zu organisieren und untersteht den Bestimmungen über die inländischen Trustees [39].

2.3.3 Vertretung. Ausländische Trustees bedürfen einer Bewilligung der schweizerischen Aufsichtsbehörde, wenn sie in der Schweiz Personen beschäftigen, die für sie *dauernd* und *gewerbsmässig* in der Schweiz oder von der Schweiz aus in anderer Weise als einer Zweigniederlassung tätig sind, namentlich indem diese Personen *Kundenaufträge* an sie *weiterleiten* oder sie zu *Werbe- oder anderen Zwecken vertreten* [40]. Die Bewilligung wird erteilt, wenn insbesondere bestimmte Anforderungen betreffend ausländische Aufsicht und Gewähr erfüllt sind [41].

2.3.4 Cross-Border-Tätigkeit. Besteht die Tätigkeit eines ausländischen Finanzinstituts einzig darin, Trustee-Dienstleistungen aus dem Ausland grenzüberschreitend anzubieten, ist keine schweizerische Bewilligung erforderlich [42].

3. GEWERBSMÄSSIGKEIT

Ein Trustee ist gewerbsmässig tätig, wenn er eine selbstständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit ausübt [43]. Die gewerbsmässige Tätigkeit ist zu vermuten, wenn der Trustee in mehr als 20 Fällen als Trustee

«Schweizerische Trustees haben sämtliche persönlichen, finanziellen und organisatorischen Anforderungen des FINIG zu erfüllen.»

tätig ist oder er in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien für die Erbringung seiner Dienstleistungen *wirbt*. Letzteres selbst dann, wenn die Werbung zu weniger als 20 Trustee-Tätigkeiten führt [44].

Art und Form der Werbemittel sind nicht von Bedeutung. Als Werbemittel gelten sämtliche Print- und elektronischen Medien, wie Zeitungen und Zeitschriften, Streusendungen (Direct Mail), Prospekte, Fact Sheets, Informationsschreiben, Pressekonferenzen, Telefonmarketing, ungebetene Telefonanrufe (Cold Calling), Präsentationen (Road Shows), Finanzmessen, gesponserte Reportagen über Trustee-Dienstleistungen, Hausbesuche jeder Art, Internet-Websites und andere Formen des E-Commerce sowie E-Mails [45].

4. BEWILLIGUNGSVORAUSSETZUNGEN FÜR INLÄNDISCHE TRUSTEES

4.1 Allgemeines. Eine Bewilligung erhält, wer die allgemeinen Bewilligungsvoraussetzungen [46] sowie die für die einzelnen Finanzinstitute [47] anwendbaren besonderen Voraussetzungen erfüllt [48]. Trustees müssen mit dem Bewilligungsgesuch zudem den Nachweis erbringen, dass sie von einer Aufsichtsorganisation beaufsichtigt werden [49].

4.2 Organisation

4.2.1 Allgemeines. Gemäss dem Gesetzesentwurf muss ein Trustee angemessene [50] Regeln zur Unternehmensführung [51] festlegen und so organisiert sein, dass er die gesetzlichen Pflichten erfüllen kann [52]. Zudem hat der Trustee seine Risiken, einschliesslich der grenzüberschreitenden *Rechts- und Reputationsrisiken*, zu identifizieren, zu messen, zu steuern und zu überwachen und für wirksame interne Kontrollen zu sorgen [53].

4.2.2 Rechts- und Reputationsrisiken. Rechts- und Reputationsrisiken ergeben sich primär in zwei Bereichen. Einerseits wird ein Trustee bei seiner – typischerweise – internationalen Tätigkeit zu gewährleisten haben, dass er die aufsichtsrechtlichen Anforderungen, beispielsweise bei (mehrfacher) phy-

sischer Präsenz oder sonstwie grenzüberschreitender Tätigkeit im Ausland oder hinsichtlich einer allfälligen Registrierungspflicht, einhält und die Anforderungen, welche sich aus dem ausländischen *Steuer- und Strafrecht* ergeben, beachtet [54]. Andererseits können sich Rechts- und Reputationsrisiken aus dem ausländischen *Geldwäschereirecht* sowie insbesondere aus *zivil-, kollisions- und prozessrechtlichen Normen* ergeben [55].

Schweizerische Trustees sind deshalb verpflichtet, das notwendige länderspezifische und übrige Fachwissen entweder selbst aufzubauen oder bei Drittanbietern als externe Dienstleister einzuholen [56].

4.2.3 Anwendbares Trust-Recht. Ein Trust untersteht regelmässig dem vom Settlor gewählten Recht [57]. Ist kein anzuwendendes Recht gewählt worden, untersteht der Trust üblicherweise dem Recht, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist [58].

Das anwendbare Trust-Recht regelt insbesondere:

- a) die Ernennung, den Rücktritt und die Abberufung von Trustees, die Fähigkeit, als Trustee zu handeln, und die Übertragung der Aufgaben eines Trustees;
- b) die Rechte und Pflichten von Trustees untereinander;
- c) das Recht von Trustees, die Wahrnehmung ihrer Pflichten oder die Ausübung ihrer Befugnisse ganz oder teilweise zu übertragen;
- d) die Befugnis von Trustees, das Vermögen des Trusts zu verwalten, darüber zu verfügen, daran Sicherungsrechte zu begründen oder neues Vermögen zu erwerben;
- e) die Befugnisse von Trustees, Investitionen vorzunehmen;
- f) Beschränkungen in Bezug auf die Dauer des Trusts und in Bezug auf die Befugnis, aus den Einkünften des Trusts Rücklagen zu bilden;
- g) die Beziehungen zwischen den Trustees und den Begünstigten, einschliesslich der persönlichen Haftung der Trustees gegenüber den Begünstigten;
- h) die Änderung oder Beendigung des Trusts;
- i) die Verteilung des Vermögens des Trusts;
- j) die Verpflichtung von Trustees, über ihre Verwaltung Rechenschaft abzulegen [59].

Ein schweizerischer Trustee ist nach schweizerischem Aufsichtsrecht verpflichtet, sämtliche Trust-Rechte, unter denen er allenfalls eine Tätigkeit als Trustee ausübt, einzuhalten. Im Gegensatz zu ausländischen Trustees besteht für einen schweizerischen Trustee keine Möglichkeit, unter einheimischem Trust-Recht tätig zu sein, weil die Schweiz bislang kein eigenes materielles Trust-Recht kennt. Diese Schwachstelle der Beaufsichtigung von Trustees dürfte mittlerweile erkannt worden sein, denn aktuell finden schon beinahe hektische Versuche statt, baldmöglichst ein materielles schweizerisches Trust-Recht oder zumindest eine trust-ähnliche schweizerische Alternative, beispielsweise mittels Anpassung des Rechts der schweizerischen Familienstiftung [60], zu schaffen [61].

4.2.4 Firewall- und «Fraudulent transfer»-Gesetzgebung. Gerade die aufsichtsrechtliche Forderung nach Einhaltung auch

ausländischer zivil- und kollisionsrechtlicher Normen könnte bei der Umsetzung und Konkretisierung der Trustee-Branche noch Kopferbrechen verursachen. In der Praxis werden nämlich eine Vielzahl von Trusts errichtet, deren Errichtungsmotiv darin besteht, dass der Begründer des Trusts sich vor Forderungen Dritter, sei dies des Ehegatten bei einer Scheidung oder Gläubiger bei einem Konkurs [62], zu schützen versucht, oder ein für die Nachlassplanung errichteter Trust die Pflichtteilsansprüche von Erben nicht respektieren soll. Auch gibt es eine Vielzahl von Trust-Jurisdiktionen, welche sogenannte Schutzwall-Gesetze (firewall legislation) und/oder spezielle Gesetze hinsichtlich anfechtbarer Vermögensübertragungen (fraudulent transfer legislation) kennen.

Das Ziel einer *Firewall-Gesetzgebung* besteht in der Klärung, Wiederholung oder Änderung des auf einen Trust anwendbaren Rechts. Einerseits kann eine Firewall-Gesetzgebung vorschreiben, dass das nationale Recht Anwendung findet, um bestimmte Fragen im Zusammenhang mit der Gründung, der Gültigkeit und der Verwaltung eines einheimischen Trusts zu bestimmen. Andererseits kann die Firewall-Gesetzgebung die Anerkennung oder Vollstreckung von Urteilen ausländischer Gerichte, und in einigen Rechtsordnungen auch von Schiedssprüchen von Schiedsrichtern oder Schiedsgerichten, in Bezug auf das Trust-Vermögen eines einheimischen Trusts verhindern. Teilweise sind Firewall-Gesetzgebungen von Trust-Jurisdiktionen als mit dem Haager Trust-Übereinkommen oder mit den güter-, erb- oder schuldbetreibungs- und konkursrechtlichen Bestimmungen des Staates des Wohnsitzes des Settlor, dessen Ehepartnern, dessen Erben oder dessen Gläubigern unvereinbar.

Die historische Grundlage vieler «*Fraudulent transfer*»-Gesetzgebungen diverser Offshore-Trust-Jurisdiktionen ist der englische *Fraudulent Conveyances Act 1571* (13 Eliz 1, c 5), auch bekannt als dem «Statut von Elizabeth». In Bezug auf Trusts besteht das Ziel von «*Fraudulent transfer*»-Gesetzgebungen darin, die Anwendung des inländischen Rechts zu verlangen, wenn zu beurteilen ist:

- ob Vermögensübertragungen auf einen Trust, die zu einem zu geringen Wert vorgenommen wurden, aufzuheben sind;
- welche Verjährungsfristen gelten, innerhalb derer Gläubiger Ansprüche auf Aufhebung oder Rückübertragung von Vermögenstransfers auf Trusts geltend machen können;
- wann Trustees und gegebenenfalls die Begünstigten eines Trusts Vermögensübertragungen auf den Trust oder Ausschüttungen aus dem Trust in gutem Treu und Glauben erhalten haben.

«*Fraudulent transfer*»-Gesetzgebungen stehen regelmässig allfälligen paulianischen Anfechtungsklagen von Gläubigern [63] und deren Vollstreckung entgegen [64].

Was gilt nun betreffend die zu vermeidenden Rechts- und Reputationsrisiken, wenn ein Trustee in einem Trust tätig ist, dessen anwendbares Trust-Recht Schutzbestimmungen gegen Ansprüche von Ehegatten, Erben oder Gläubigern kennt, aber beispielsweise das anwendbare Scheidungs- und Güterrecht, das Erbrecht oder das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht am (letzten) Wohnsitz des Settlor diesen Bestimmungen gerade entgegensteht? Oder was gilt, wenn ein

Erbe Informationsansprüche betreffend das Trust-Vermögen aufgrund erbrechtlicher Normen geltend machen kann, aber die Trust-Urkunde und das einschlägige Trust-Recht solche Informationsansprüche nicht anerkennt oder gerade explizit ablehnt? Und ist zu unterscheiden, ob es sich bei denjenigen Personen, welche Ansprüche gegen einen Trustee geltend machen, um Begünstigte handelt oder ob diese trustrechtlich in keiner Beziehung zum Trustee stehen? Und schliesslich was gilt, wenn schweizerische Gerichte Anordnungen gegen einen Trustee erlassen, welche mit dem anwendbaren Trust-Recht unvereinbar sind [65]? Für einen schweizerischen Trustee könnten sich hieraus jedenfalls künftig schwierige Reputations- und Rechtsfragen stellen, deren Antwortung letztlich auch Auswirkungen auf dessen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung haben werden [66].

4.2.5 Steuerrecht. Eine ähnliche Problematik besteht bei der Analyse und Bearbeitung von Rechts- und Reputationsrisiken, welche sich aus steuerrechtlichen Bestimmungen ergeben können. Erforderlich ist jedenfalls, dass ein Trustee eruiert, wann seine Handlungen oder Unterlassungen in ausländischen Staaten als Beihilfe zu Steuerdelikten betrachtet werden [67].

4.2.6 Mindestanforderungen an die Organisation. Die konkreten Anforderungen an die Ausgestaltung der Organisation sind noch nicht bekannt. Der Bundesrat wird zu einem späteren Zeitpunkt Mindestanforderungen an die Organisation der Trustees festlegen und hat dabei den unterschiedlichen Geschäftstätigkeiten und Unternehmensgrössen sowie den Risiken der Trust-Tätigkeit Rechnung zu tragen [68].

4.3 Ort der Leitung. Ein schweizerischer Trustee muss tatsächlich von der Schweiz aus geleitet werden [69]. Ausgenommen hiervon sind allgemeine Weisungen und Entscheide im Rahmen der Konzernüberwachung, sofern der Trustee Teil einer Finanzgruppe bildet, welche einer angemessenen konsolidierten Aufsicht durch ausländische Aufsichtsbehörden untersteht [70].

Zudem müssen die mit der Geschäftsführung des Trustees betrauten Personen an einem Ort Wohnsitz haben, von dem aus sie die Geschäftsführung tatsächlich ausüben können [71].

4.4 Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung

4.4.1 Allgemeines. Ein Trustee und die mit der Verwaltung und Geschäftsführung des Trustees betrauten Personen müssen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten [72]. Zudem müssen die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und die für die Funktion erforderlichen fachlichen Qualifikationen aufweisen [73].

4.4.2 Gewährserfordernis. Die infrage stehenden Personen müssen fachlich kompetent sein, im Geschäftsverkehr ein korrektes Verhalten an den Tag legen und die geltenden Gesetzesbestimmungen, Weisungen und die Praxis der Aufsichtsbehörden genauso beachten wie die Gebräuche des Geschäftsverkehrs und die internen Richtlinien [74].

Basierend auf der bisherigen Rechtsprechung zum Gewährserfordernis wird eine einwandfreie Geschäftstätigkeit und das korrekte Verhalten im Geschäftsverkehr eines Trustees in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d. h. der Gesetze und der Verordnungen, namentlich des anwendbaren Trust-Rechts und des Aufsichtsrechts, aber auch des sonstigen Zivil-, Straf- und Steuerrechts sowie der Statuten und des internen Regelwerkes des Trustees bedingen [75]. Nicht mit dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit zu vereinbaren ist es zudem, wenn das Geschäftsgebaren gegen Standesregeln, die Trust-Bestimmungen oder die Treue- und Sorgfaltspflichten, insbesondere gegenüber den Begünstigten, verstösst [76].

Gewährsträger ist jede Person, welche aufgrund ihrer Zuständigkeit beim Trustee dessen Fortbestand gefährden könnte [77]. Obwohl sich das Erfordernis prinzipiell direkt an natürliche Personen richtet, ist die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit auch durch den Trustee als Unternehmen einzuhalten [78]. Im Falle des Verstosses gegen die Gewährspflicht ist die Absetzung der fehlbaren Person und die allfällige Aussprechung eines Berufsverbots angezeigt [79]. Ist die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit seitens des Trustees insgesamt nicht mehr gegeben, ist ein Bewilligungsentzug anzuordnen [80].

4.4.3 Guter Ruf. Der Begriff des «guten Rufes» umfasst korrektes Verhalten und Vertrauenswürdigkeit [81]. Für die Beurteilung des «guten Rufes» ist nicht nur die engere berufliche Tätigkeit, sondern auch ein strafrechtlich einschlägiges Verhalten im weiteren beruflichen, wenn auch nicht privaten Umfeld zu berücksichtigen [82].

Der «gute Ruf» bildet eine zusätzliche moralische Voraussetzung für eine einwandfreie Geschäftsführung und soll Gewähr für ein korrektes Verhalten im Geschäftsverkehr bieten [83]. Ein «guter Ruf» ist grundsätzlich als gegeben zu vermuten, wenn eine Person durch ihr bisheriges Verhalten ihre Vertrauenswürdigkeit nicht beeinträchtigt hat. Zwecks Prüfung des «guten Rufes» sind als Indizien Lebensläufe, Arbeitszeugnisse oder dergleichen sowie Strafregister- und Betreibungsregistrauszüge beizuziehen [84].

Darüber hinaus sollte der Begriff des «guten Rufes» nicht weitergehend moralisch verstanden werden und nicht dazu führen, dass mehr verlangt wird als rechts- und sittenkonformes Verhalten im Rechtssinn [85].

4.4.4 Erforderliche fachliche Qualifikationen. Nach der bisherigen Bewilligungspraxis der *Finanzmarktaufsicht (Finma)* müssen die erforderlichen «fachlichen Qualifikationen» nicht von jedem (leitenden) Mitglied der betreffenden Stelle erfüllt werden [86]. Massgeblich ist, dass jede einzelne Person über die Qualifikationen verfügt, welche sie für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt [87]. Fachliche Qualifikationen werden von einer einzelnen Person entsprechend ihrer Funktion und Verantwortung und insgesamt vom jeweiligen Gremium als Ganzes vorausgesetzt [88].

Als Kriterien für die fachliche Qualifikation können die bisherige Ausbildung, die Berufserfahrung sowie der damit zusammenhängende Leistungsausweis herangezogen werden [89].

4.5 Übertragung von Aufgaben. Trustees dürfen eine Aufgabe nur Dritten übertragen, welche über die für diese Tätigkeit notwendigen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen und über die erforderlichen Bewilligungen verfügen [90]. Beigezogene Dritte sind sorgfältig zu instruieren und zu überwachen [91].

Die Aufsichtsbehörde kann die Übertragung von Anlageentscheiden eines Trustees an eine Person im Ausland davon abhängig machen, dass zwischen der Finma und der zuständigen ausländischen Aufsichtsbehörde eine Vereinbarung über die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch abgeschlossen wird, namentlich wenn das ausländische Recht den Abschluss einer solchen Vereinbarung verlangt [92].

4.6 Auslandsgeschäfte. Ein in der Schweiz bewilligter Trustee hat der Aufsichtsbehörde Meldung zu erstatten, bevor er im Ausland eine Tochtergesellschaft, eine Zweigniederlassung oder eine Vertretung errichtet, erwirbt oder aufgibt, oder eine qualifizierte Beteiligung an einer ausländischen Gesellschaft erwirbt oder aufgibt [93]. Die vorgesehene Meldepflicht ermöglicht es, die konsolidierte Aufsicht wahrzunehmen und Rechts- und Reputationsrisiken eines Trustees zu eruieren und zu kontrollieren [94].

4.7 Ombudsstelle. Trustees müssen sich künftig spätestens mit Aufnahme ihrer Tätigkeit einer Ombudsstelle anschliessen [95].

4.8 Rechtsform. Trustees mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz müssen sich künftig entweder als Einzelunternehmen, als Handelsgesellschaft (Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Kommanditaktiengesellschaft) oder als Genossenschaft organisieren [96] und sich im Handelsregister eintragen [97]. Trustees können somit auch natürliche Personen sein, sofern sie im Handelsregister eingetragen sind.

Ausgeschlossen ist damit, dass sich Trustees beispielsweise als Unternehmensstiftung oder Verein organisieren.

4.9 Aufgabe des Trustees gemäss FINIG. Gemäss Art. 19 Abs. 2 FINIG verwaltet ein Trustee das Sondervermögen, sorgt für dessen Werterhaltung und verwendet es zweckgebunden. Ob der Begriff «zweckgebunden» an dieser Stelle [98] glücklich gewählt wurde, ist zu bezweifeln, da verkürzt. Richtiger wäre eine Formulierung gewesen, welche festgehalten hätte, dass der Trustee das Trust-Vermögen zugunsten der Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck zu verwenden hat [99].

Für den Trustee gelten bei der Ausübung seiner Funktion nebst den Anforderungen des FINIG die *Trust-Bestimmungen* und die besonderen Verpflichtungen, die ihm das *auf den Trust anwendbare Recht* auferlegt [100]. Gestützt auf die Gewährspflichten [101] setzt dies implizit voraus, dass der Trustee über die entsprechenden Fachkenntnisse verfügt und so organisiert ist, dass die Erfüllung seiner spezifischen Funktionen gewährleistet ist [102]. Dies bedingt, dass der Trustee über *spezifische Kenntnisse des anwendbaren ausländischen Trust-Rechts* verfügt [103].

Auch wenn das Trust-Vermögen in das zivilrechtliche Eigentum des Trustees übergeht, darf dieser hierüber nur im Sinne der Trust-Urkunde verfügen [104]. Dies bedingt, dass ein Trustee organisatorische Massnahmen trifft, um die Vermischung des Trust-Vermögens mit dem Vermögen des als Trustee handelnden Finanzinstituts zu verhindern [105]. Banken, die Trustee-Tätigkeiten ausüben, haben diese deshalb in einer separaten Rechtseinheit zu erbringen [106].

4.10 Qualifizierte Geschäftsführung. Die Geschäftsführung eines Trustees muss grundsätzlich aus mindestens zwei qualifizierten Personen bestehen [107]. Wird nachgewiesen, dass die ordnungsgemässe Fortführung des Geschäftsbetriebs gewährleistet ist, kann die Geschäftsführung auch aus nur einer qualifizierten Person bestehen [108].

Für die Geschäftsführung qualifiziert ist eine Person, wenn sie über eine der Tätigkeiten des Trustees angemessene Ausbildung und im Zeitpunkt der Übernahme der Geschäftsführung über eine genügende Berufserfahrung im Rahmen von Trusts verfügt [109]. Welche Anforderungen diesbezüglich aufgestellt werden, wird Gegenstand der Ausführungsbestimmungen des Bundesrats sein. Dabei wird die Schwierigkeit bestehen, dass die Schweiz über kein eigenes materielles Trust-Recht verfügt. Aus diesem Grunde werden wohl lediglich sehr allgemeine Ausbildungskriterien aufgestellt werden können, denn ein schweizerischer Trustee wird seine Tätigkeit stets unter einem oder mehreren ausländischen Trust-Rechten erbringen.

4.11 Risikomanagement und interne Kontrolle. Trustees müssen über ein angemessen ausgestattetes Risikomanagement und eine wirksame interne Kontrolle verfügen, welche unter anderem die Einhaltung der rechtlichen und unternehmensinternen Vorschriften gewährleistet (Compliance) [110]. Die Aufgaben des Risikomanagements und der internen Kontrolle können von einem qualifizierten Geschäftsführer wahrgenommen werden oder an entsprechend qualifizierte Mitarbeitende oder an eine qualifizierte externe Stelle delegiert werden [111]. Personen, die Aufgaben des Risikomanagements oder der internen Kontrolle wahrnehmen, dürfen nicht in die Tätigkeiten eingebunden werden, welche sie überwachen [112].

4.12 Mindestkapital und Sicherheiten. Das Mindestkapital eines Trustees muss CHF 100 000 betragen und bar einbezahlt sein [113]. Dieses Mindestkapital ist dauernd einzuhalten [114]. Trustees müssen überdies über angemessene Sicherheiten verfügen oder eine Berufshaftpflichtversicherung abschliessen [115]. Der Bundesrat wird die Mindestbeträge für die Sicherheiten und die Versicherungssumme der Berufshaftpflichtversicherung auf dem Verordnungsweg festlegen [116].

4.13 Eigenmittel. Trustees haben über angemessene Eigenmittel zu verfügen [117]. Diese müssen stets mindestens einen Viertel der Fixkosten der letzten Jahresrechnung bis höchstens CHF 10 Mio. betragen [118].

5. WEITERES

5.1 Schutz der Bezeichnung als Trustee. Die Bezeichnung eines Trustees darf nicht zu Verwechslung oder Täuschung Anlass geben [119]. Zudem darf künftig die Bezeichnung «Trustee» von Personen nur noch dann allein oder in Wortverbindungen in der Firma, in der Umschreibung des Geschäftszwecks oder in Geschäftsunterlagen verwendet werden, wenn sie über die entsprechende Bewilligung verfügen [120].

5.2 Anwendbarkeit des FIDLEG auf Trustees? Das FIDLEG sollte nach der hier vertretenen Ansicht auf Trustees keine Anwendung finden, weshalb auf weitere Ausführungen verzichtet wird [121].

5.3 Nicht-Erfassung von Stiftungsräten, dafür Erfassung von Trustees von Charitable Trusts? Die wohl grösste Merkwürdigkeit betreffend die prudentielle Beaufsichtigung von Trustees besteht darin, dass künftig Trustees beaufsichtigt werden, dass aber Stiftungsräte, insbesondere von funktionsgleichen in- und ausländischen Familienstiftungen [122], keiner Aufsicht unterstehen. Dies erstaunt umso mehr, als dass gerade in jüngster Zeit in einer Vielzahl von Staaten Stiftungsrechte als Alternative zum Trust-Recht geschaffen werden.

Beispiele hierfür sind Jersey [123], Guernsey [124], Isle of Man [125], Gibraltar [126], Cayman Islands [127], Bahamas [128], Barbados [129], Liberia [130], St Kitts und Nevis [131], Antigua und Barbuda [132], Anguilla [133], Seychellen [134], Vanuatu [135], Belize [136], Labuan [137], Mauritius [138], Cook Islands [139] oder Samoa [140]. Selbst in den Vereinigten Staaten von Amerika wurde – wie das Beispiel des Bundesstaates New Hampshire zeigt [141] – im Jahre 2017 ein Stiftungsrecht geschaffen [142]. Auch im arabischen Raum scheint die Stiftung populär zu sein. Dies zeigt sich daran, dass in enger Abfolge in Katar [143], Abu Dhabi [144] und kürzlich Dubai [145] ein Stiftungsrecht geschaffen wurde [146].

Die Unterstellung von Trustees unter das FINIG und die gleichzeitige Nicht-Unterstellung von Stiftungsräten, insbesondere von Stiftungen, welche ähnliche oder gleiche Funktionen wie Trusts zu Zwecken der Begünstigung von Familienmitgliedern erfüllen, ist sachlich nicht gerechtfertigt, gehört beseitigt und ist wohl dem unausgegorenen Gesetzgebungsprozess bezüglich Trustees geschuldet.

Ob dafür eine Gesetzesanpassung notwendig sein wird oder ob – wie von gewissen Seiten bereits angedacht – im Sinne einer «wirtschaftlichen Betrachtungsweise» mittels teleologischer Auslegung des Begriffs des Trustees dereinst auch Stiftungsräte einer prudentiellen Aufsicht nach dem FINIG unterstellt werden, bleibt abzuwarten [147]. Nach der hier vertretenen Ansicht liesse sich eine solche Auslegung jedenfalls nicht rechtfertigen, weshalb Stiftungsräte dem FINIG nicht zu unterstellen sind. Sollen Stiftungsräte oder Stiftungen dem FINIG unterstellt werden, wäre deshalb nach der hier vertretenen Ansicht eine Gesetzesrevision notwendig.

5.4 Treuhand. Gleich wie bei der Nicht-Unterstellung von Stiftungsräten in- oder ausländischer Familienstiftungen

wurde beim Fiduziar der Verwaltungstreuhandverfahren [148]. Nach der hier vertretenen Ansicht wäre der Fiduziar eines funktional trustähnlichen Verwaltungstreuhandverhältnisses ebenfalls einer prudentiellen Aufsicht wie Trustees zu unterstellen, was sich umso mehr rechtfertigen würde, als die Treuhandgelder bei schweizerischen Banken im Jahre 2017 CHF 138 Mrd. betrug [149]. Aufgrund des Wortlauts des FINIG und des Gesetzgebungsprozesses lässt sich aber aktuell eine Unterstellung von treuhänderisch tätigen Personen im Rahmen von Verwaltungstreuhandverhältnissen nicht rechtfertigen.

5.5 Protektor. Nach der Definition des FINIG gilt als Trustee, wer gewerbsmässig Trust-Sondervermögen zugunsten der Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck *verwaltet* oder darüber *verfügt* [150]. Protektoren eines Trusts fallen damit grundsätzlich nicht unter die prudentielle Aufsicht des FINIG, da es sich beim Protektor gerade nicht um eine Person handelt, welcher typischerweise Verwaltungs- oder Verfügungskompetenzen über Trust-Vermögen zukommt [151]. Protektoren kommen üblicherweise lediglich Aufsichtsrechte über den Trustee und Vetorechte gegenüber dessen Entscheidungen zu. Zudem steht einem Protektor oftmals das Recht zu, den Trustee, nach Ermessen oder unter be-

stimmten Voraussetzungen, abuberufen und einen neuen Trustee zu ernennen.

Allerdings können die Rechte und Pflichten vom Protektor im Rahmen einer Trust-Urkunde sehr unterschiedlich ausgestaltet werden. Ist ein Protektor nur berechtigt, den Trustee auszuwechseln oder diesen zu überwachen und kommt ihm hinsichtlich der Investierung des Trust-Vermögens oder bei Ausschüttungen an Begünstigte einzig ein Vetorecht zu, ist der Protektor nicht als finanzinstitutsrechtlicher Quasi-Trustee zu qualifizieren und untersteht dem FINIG nicht [152].

Sobald der Protektor allerdings alleine oder gemeinsam mit dem Trustee Investitionsentscheidungen trifft oder die Ausschüttung an Begünstigte beschliesst, wird er nach der hier vertretenen Ansicht – ähnlich wie bei der Qualifikation als Finanzintermediär [153] – zum *finanzinstitutsrechtlichen Quasi-Trustee* und untersteht dem FINIG [154].

5.6 Übergangsfristen. Trustees, welche innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten des FINIG ihre Tätigkeit aufnehmen, müssen sich unverzüglich bei der Finma melden und ab Aufnahme ihrer Tätigkeit die Bewilligungsvoraussetzungen – mit Ausnahme des Nachweises, dass sie von einer Aufsichtsorganisation [155] beaufsichtigt werden [156] – erfüllen [157]. Spätestens ein Jahr, nachdem die Finma eine Auf-

sichtsorganisation bewilligt hat, haben sie sich einer solchen anzuschliessen und ein Bewilligungsgesuch zu stellen [158]. Bis zum Entscheid über die Bewilligung können sie ihre Tätigkeit ausüben, sofern sie einer Selbstregulierungsorganisation gemäss der Geldwäschereigesetzgebung [159] angeschlossen sind und durch diese in Bezug auf die Einhaltung der entsprechenden Pflichten beaufsichtigt werden [160].

6. FAZIT

Trustees werden demnächst beaufsichtigt und haben eine Vielzahl neuer aufsichtsrechtlicher Pflichten einzuhalten. Aus dieser Beaufsichtigung der Trustees werden sich diverse weitere Fragen der Beaufsichtigung an sich stellen. Wieso sollen Trustees eines philanthropischen Trusts allenfalls einer Aufsicht nach dem FINIG unterstehen, Stiftungsräte philanthropischer Stiftungen dagegen einer Aufsicht durch die Stiftungsaufsichtsbehörden [161]? Wieso werden Trustees von «Familientrusts» aufsichtsrechtlich erfasst, Stiftungsräte von Familienstiftungen dagegen nicht? Wieso werden Trustees von «Commercial Trusts» und «Business Trusts» [162] einer Beaufsichtigung nach dem FINIG unterstellt, Stiftungsräte von Unternehmensstiftungen dagegen entweder der allgemeinen Stiftungsaufsicht oder, wenn es sich um eine Familien-Unternehmensstiftung handelt, gar keiner Aufsicht? Diese Inkonsistenzen werden früher oder später zu beseitigen sein, sei es, indem Stiftungsräte von Familienstif-

tungen künftig ebenfalls beaufsichtigt werden oder sei es – was praktisch unwahrscheinlich, inhaltlich aber zu begrüssen wäre –, indem die Beaufsichtigung von Trustees wieder abgeschafft wird. Allenfalls wäre auch zu überlegen, für die Beaufsichtigung philanthropischer Einrichtungen eine gemeinsame Aufsicht – unabhängig ob es sich nun um Stiftungen, Trusts oder auch Vereine handelt – zu schaffen, und für die Beaufsichtigung von Familientrusts und Familienstiftungen eine andere.

Ob es rückblickend zudem besser gewesen wäre, auf eine Beaufsichtigung der Trustees, sofern eine solche überhaupt als sinnvoll erachtet wird, zumindest solange zu verzichten, bis geklärt worden wäre, ob die Schweiz ein eigenes materielles Trust-Recht oder ein trust-ähnliches schweizerisches Familienstiftungsrecht [163] schaffen will, wird sich ebenfalls erst nach den ersten Erfahrungen mit der Beaufsichtigung zeigen.

Gerade Personen oder Unternehmen, welche lediglich selten als Trustees tätig sind oder sein wollen, werden jedenfalls mit einem erheblichen bürokratischen und finanziellen Mehraufwand konfrontiert werden, ohne dass damit die eigentliche Tätigkeit als Trustee qualitativ verbessert wird. Im Gegenteil, gefördert wird die «industrielle» und «standardisierte» Trustee-Tätigkeit, welche dem persönlichen Vertrauen, welches der Settlor eines Trusts eigentlich in seinen Trustee mitbringen sollte, gerade abträglich ist. ■

Anmerkungen: *Für die Abschlussredaktion dankt der Autor Nadine Läser, Zürich. **1)** Vgl. zum Gesetzgebungsverfahren die Bundesversammlung – das Schweizer Parlament, Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Finanzinstitutsgesetz (FINIG), abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20150073>. **2)** Schweizerischer Bundesrat, Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015 8901 ff. **3)** Schweizerischer Bundesrat (Anm. 2), 8902. **4)** Swiss Association of Trust Companies (SATC), abrufbar unter www.satc.ch; Eidg. Finanzdepartement, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG), Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, 25. Juni 2014, abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2384/FINIG-FIDLEG-Erl.-Bericht-de.pdf>; Eidg. Finanzdepartement (EFD), Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements über die Vernehmlassungsergebnisse zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG), 13. März 2015, 11f., abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2384/FINIG-FIDLEG-Ergebnisbericht-de.pdf>; Michael Ferber, Mehr Regulierung, bittel, NZZ 19. Oktober 2012, abrufbar unter https://www.nzz.ch/finanzen/uebersicht/boersen_und_maerkte/mehr-regulierung-bitte-1.17695293; ohne Verfasser, Präsident der Trust-Anbieter fordert glaubwürdige Aufsicht, Tages-Anzeiger 8 April 2016, abrufbar unter <https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/standardPraesident-der-TrustAnbieter-fordert-glaubwuerdige-Aufsicht/story/26742624>; Mario Stäuble, Finanzverwalter wollen strenger kontrolliert werden, Tages-Anzeiger 25. Juni 2017, abrufbar unter <https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/standard/Finanzverwalter-wollen-strenger-kontrolliert-werden/>

[story/10119648](https://www.tagesanzeiger.ch/zeitung/Macht-euch-durchsichtig/story/10689589); Mario Stäuble, Macht euch durchsichtig, Schweizer Trusts: Selbstkritik klingt gut – kann aber nur der Anfang sein, Tages-Anzeiger 25. Juni 2017, abrufbar unter <https://www.tagesanzeiger.ch/zeitung/Macht-euch-durchsichtig/story/10689589>. **5)** Vgl. Art. 2 Abs. 3 lit. e–g GwG; Art. 6 Abs. 1 lit. a–d GwV; Eidg. Finanzmarktaufsicht (Finma), Finma-RS 2011/1 «Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG», Rz. 106 ff. **6)** Art. 5 ff. FINIG. **7)** Art. 2 Abs. 1 lit. b FINIG i.V.m. Art. 17 Abs. 2 FINIG i.V.m. Art. 5 FINIG. **8)** Eidg. Finanzdepartement, FIDLEG und FINIG, abrufbar unter <https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/themen/wirtschaft-waehrung-finanzen-platz/finanzmarktpolitik/fidleg-finig/fb-fidleg-finig.html>. Vgl. zu Trusts und FINIG ebenfalls Fabianne de Vos Burchart, Trustees in Switzerland: The Office of Trustee under the (Draft) Financial Institutions Act, GesKR 2017, 281 ff. sowie Patrick Schleiffer/Patrick Schärli, Supervision of Portfolio Managers and Trustees – Update, CapLaw 7/2017. **9)** SR 0.221.371. **10)** Art. 17 Abs. 2 FINIG. **11)** Sog. «inter vivos trust». **12)** Sog. «Testamentary Trust». **13)** Sog. «Purpose Trust». **14)** Art. 2 Abs. 1 HTÜ. **15)** Art. 2 Abs. 2 lit. a HTÜ. Vgl. auch Art. 284 a SchKG und Art. 284 b SchKG. **16)** Art. 2 Abs. 2 lit. b HTÜ. **17)** Art. 2 Abs. 2 lit. c HTÜ. Zu den Pflichten des Trustees vgl. etwa Oliver Arter, Aspekte der Vermögensverwaltung für Trustvermögen, Rechtsaspekte nach schweizerischem und US-amerikanischem Recht, ST 2005/8, 592 ff., 593 ff. **18)** Vgl. auch Fabianne de Vos Burchart (Anm. 8), 284. **19)** Sog. «Reserved Power Trust». **20)** Art. 2 Abs. 3 HTÜ. Zur Ungültigkeit, dem sog. «Sham», eines Trusts vgl. Oliver Arter, Trust – Errichtung zum Schein/«Sham», Schweizerisches Bundesgericht, Urteil BGER 5A_436/2012 vom 12. April 2012, AJP 2013, 1695 ff. **21)** Art. 149 a IPRG. **22)** Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen Berti (Hrsg.), Basler Kommentar

Internationales Privatrecht (IPRG), Basel 2013 (zit. BasK-Bearbeiter); BasK-Nedim Peter Vogt/Delphine Pannatier Kessler, N 6 zu Art. 149a IPRG. **23)** Als Binnentrust wird ein Trust bezeichnet, bei welchem einzig durch die Wahl des auf den Trust anwendbaren ausländischen Rechts ein Auslandsbezug hergestellt wird, beispielsweise wenn ein Trust, dessen Begründer, dessen Trustee und dessen Begünstigte alle Wohnsitz in der Schweiz haben, einem Trust-Recht unterstellt wird. BasK-Nedim Peter Vogt/Delphine Pannatier Kessler, N 45 f. zu Vor Art. 149a–e IPRG, N 5 zu Art. 149 a IPRG, BasK-Nedim Peter Vogt/Delphine Pannatier Kessler, N 10 zu Art. 149 c IPRG. Vgl. auch Art. 13 HTÜ. **24)** Relevant dürfte diese Ausnahmebestimmung insbesondere für Single Family Offices sein. Vgl. schweizerischer Bundesrat (Anm. 2), 9018. **25)** Art. 2 Abs. 2 lit. a FINIG. **26)** Oliver Arter, Commercial Trusts, in Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II, Bern 2007, 307 ff., 328; Oliver Arter/Katharina Petri, Business Trusts – der Trust im kommerziellen Umfeld, ST 2004/6–7, 513 ff., 516 f. **27)** Art. 2 Abs. 2 lit. b FINIG. **28)** Der Sitz der juristischen Personen befindet sich, wenn ihre Statuten es nicht anders bestimmen, an dem Ort, wo ihre Verwaltung geführt wird. Vgl. Art. 56 ZGB. **29)** Der Wohnsitz einer Person befindet sich an dem Ort, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Vgl. Art. 23 Abs. 1 ZGB. **30)** Art. 18 Abs. 1 FINIG. **31)** Fabianne de Vos Burchart (Anm. 8), 285. **32)** Art. 10 FINIG. **33)** Vgl. dazu unten 4. Kapitel. **34)** Vgl. dazu Postulat FDP-Liberale Fraktion 15.3098, Prüfung einer allfälligen gesetzlichen Regelung von Trusts, 11. März 2015, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20153098>; Parlamentarische Initiative 16.488 Fabio Regazzi, Aufnahme des Rechtsinstituts des Trusts in die schweizerische Gesetzgebung, 13. Dezember

2016, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160488>; Motion Kommission für Rechtsfragen Ständerat 18.3383, Einführung des Trusters in die schweizerische Rechtsordnung, 26. April 2018, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20183383>. **35** Zu den Bewilligungsvoraussetzungen vgl. Art. 53 ff. FINIG. **36** Art. 52 Abs. 1 lit. a FINIG. **37** Art. 53 ff. FINIG. **38** Oliver Arter, Bankenaufsichtsrecht in der Schweiz, Standortbestimmung und Zukunftsperspektiven am Vorabend der Finma, Bern 2008, 126 f., Fn. 727. **39** Vgl. etwa BGE 130 II 351 ff., 362 E. 5.; Vgl. auch EBK-Bulletin 48 (2006), Verfügung der Eidg. Bankenkommision vom 24. November 2005 i. S. Pro Futura Gruppe, 312 ff., 319 ff. Rz. 23 ff. Zum Ganzen Oliver Arter (Anm. 38), 126 f., Fn. 727. **40** Art. 58 Abs. 1 FINIG. Zu den Bewilligungsvoraussetzungen vgl. Art. 59 FINIG. **41** Art. 59 f. FINIG. **42** Fabianne de Vos Burchart (Anm. 8), 286. **43** Art. 17 Abs. 2 FINIG i.V.m. Art. 3 FINIG; Art. 2 lit. b HRGv; schweizerischer Bundesrat (Anm. 2), 8947. **44** Schweizerischer Bundesrat (Anm. 2), 8947; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Dezember 2013, B-1186/2013, E. 3.3. **45** In Analogie zu Eidg. Finanzmarktaufsicht (Finma), Finma-RS 2013/9 «Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen», Rz. 6. **46** Art. 5 ff. FINIG. **47** Bezüglich Trustees vgl. Art. 17 ff. FINIG. **48** Art. 18 ff. FINIG. **49** Art. 7 Abs. 2 FINIG i.V.m. Art. 43 a FINMAG. **50** Mit dem Begriff «angemessen» ist gemeint, dass die Anforderungen an die Organisation des Trustees den Risiken und der Komplexität der getätigten Geschäfte zu entsprechen haben. Die Bestimmung über die Organisation ist nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit anzuwenden. Die angemessene Organisation muss jedenfalls die Erfüllung aller finanzmarktrechtlichen Vorschriften gewährleisten. So schweizerischer Bundesrat (Anm. 2), 9022. **51** In Anlehnung an Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG und Art. 8 FinfraG. So schweizerischer Bundesrat (Anm. 2), 9022. Vgl. dazu auch Oliver Arter (Anm. 38), 119 ff. Die Anforderungen bei Trustees dürften im Vergleich zu Banken deutlich geringer angesetzt werden. **52** Art. 9 Abs. 1 FINIG. Dies ist auch Ausfluss des Gewährerfordernisses gemäss Art. 11 FINIG. Vgl. dazu etwa Eidg. Finanzmarktaufsicht (Finma), Finma-Bulletin 1/2010, Verfügung vom 11. Januar 2010, E. 2.1. **53** Art. 9 Abs. 2 FINIG. Vgl. konkretisierend Eidg. Finanzmarktaufsicht (Finma), Verfügung vom 11. Januar 2010, Finma-Bulletin 1/2010, 109 f., Rz. 43. **54** Eidg. Finanzmarktaufsicht (Finma), Positionspapier der Finma zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft («Positionspapier Rechtsrisiken»), 22. Oktober 2010, 2, 8 ff. **55** Eidg. Finanzmarktaufsicht (Finma) (Anm. 54), 9 ff. **56** Eidg. Finanzmarktaufsicht (Finma) (Anm. 54), 18. **57** Art. 6 HTÜ. **58** Art. 7 HTÜ. **59** Art. 8 HTÜ. **60** Dazu Oliver Arter, Die schweizerische Familienstiftung, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012, 107 ff. **61** Vgl. die Hinweise in Anm. 34. **62** Sog. «Asset Protection Trusts». **63** Vgl. für die Schweiz Art. 285 ff. SchKG. **64** Vgl. für die Schweiz demnächst Art. 174c IPRG, wonach ausländische Entscheidungen über Anfechtungsansprüche und andere gläubigerschädigende Handlungen, die in einem engen Zusammenhang mit einem in der Schweiz anerkannten Konkursdekret stehen, nach den Artikeln 25–27 IPRG anerkannt werden, wenn sie im Ursprungsstaat des Konkursdekrets ergangen sind oder in diesem Staat anerkannt werden und der Beklagte seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz hatte. **65** Bundesgericht, Urteil vom 26. April 2012, 5A_259/2010, E. 7; Toby Graham, The Hague Trusts Convention five years on: the

Swiss Federal Supreme Court's decision in Rybolovlev v Rybolovleva, Trusts & Trustees 2012, 746 ff. **66** Vgl. Abschnitt 4.4. **67** Eidg. Finanzmarktaufsicht (Finma), Häufig gestellte Fragen (FAQ) Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft, 19. Juni 2012, A.1. **68** Art. 9 Abs. 3 FINIG. **69** Art. 10 Abs. 1 FINIG. **70** Art. 10 Abs. 1 FINIG. **71** Art. 10 Abs. 2 FINIG. **72** Art. 11 Abs. 1 FINIG. Auch die an einer Trust-Gesellschaft qualifizierte Beteiligten (dazu Art. 11 Abs. 4 FINIG) müssen gemäss Art. 11 Abs. 3 FINIG einen guten Ruf geniessen und gewährleisten, dass sich ihr Einfluss nicht zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit auswirkt. **73** Art. 11 Abs. 2 FINIG. **74** Oliver Arter (Anm. 38), 123 f. m. w. H. **75** Oliver Arter (Anm. 38), 124 m. w. H.; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 18. Mai 2017, B-5756/2014, E. 3.2.3. **76** Oliver Arter (Anm. 38), 124 m. w. H.; Bundesgericht, Urteil vom 27. Mai 2004, 2A.261/2004, E. 1; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 18. Mai 2017, B-5756/2014, E. 3.2.3. **77** Oliver Arter (Anm. 38), 124 m. w. H. **78** Oliver Arter (Anm. 38), 124 m. w. H. **79** Oliver Arter (Anm. 38), 124 m. w. H.; Art. 33 FINMAG. **80** Oliver Arter (Anm. 38), 124 m. w. H.; Art. 37 FINMAG. **81** René Bösch/François Rayroux/Christoph Winzeler/Eric Stupp (Hrsg.), Kollektivanlagengesetz (KAG), Basel 2016 (zit. BaSK-Bearbeiter), BaSK-François Bianchi/Saro Grano, N 6 zu Art. 14 KAG; Rolf Sethe/Olivier Favre/Martin Hess/Stefan Kramer/Ansgar Schott (Hrsg.), Kommentar zum Finanzmarktinfrastukturgesetz FinfraG, Zürich 2017 (zit. SK-Bearbeiter), SK-Ansgar Schott/Markus Winkler, N 17 zu Art. 27 FinfraG. **82** BGE 108 Ib 196 ff., 201 E. 2. b. aa; SK-Ansgar Schott/Markus Winkler, N 17 zu Art. 27 FinfraG. **83** BaSK-François Bianchi/Saro Grano, N 6 zu Art. 14 KAG. **84** BaSK-François Bianchi/Saro Grano, N 6 zu Art. 14 KAG. **85** SK-Ansgar Schott/Markus Winkler, N 17 zu Art. 27 FinfraG. **86** SK-Ansgar Schott/Markus Winkler, N 18 zu Art. 27 FinfraG. **87** Eidg. Finanzdepartement, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG), Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, 25. Juni 2014, 126, abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2384/FINIG-FIDLEG-Erl.-Bericht-de.pdf>; SK-Ansgar Schott/Markus Winkler, N 18 zu Art. 27 FinfraG. **88** Eidg. Finanzdepartement, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG), Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, 25. Juni 2014, 126, abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2384/FINIG-FIDLEG-Erl.-Bericht-de.pdf>. **89** BaSK-François Bianchi/Saro Grano, N 7 zu Art. 14 KAG SK-Ansgar Schott/Markus Winkler, N 18 zu Art. 27 FinfraG. **90** Art. 14 Abs. 1 FINIG. **91** Art. 14 Abs. 1 FINIG. **92** Art. 14 Abs. 2 FINIG. **93** Art. 15 FINIG. **94** Schweizerischer Bundesrat (Anm. 2), 9024. **95** Art. 15 Abs. 1 FINIG. **96** Art. 18 Abs. 1 FINIG. **97** Art. 18 Abs. 2 FINIG. **98** Vgl. aber zutreffend Art. 17 Abs. 2 FINIG. **99** Vgl. Art. 2 HTÜ. **100** Schweizerischer Bundesrat (Anm. 2), 9026. **101** Art. 11 FINIG. **102** Schweizerischer Bundesrat (Anm. 2), 9026. **103** Schweizerischer Bundesrat (Anm. 2), 9026. **104** Schweizerischer Bundesrat (Anm. 2), 9026. **105** Schweizerischer Bundesrat (Anm. 2), 9026. **106** Schweizerischer Bundesrat (Anm. 2), 9026. **107** Art. 20 Abs. 1 FINIG. **108** Art. 20 Abs. 2 FINIG. **109** Art. 20 Abs. 3 FINIG. **110** Art. 21 Abs. 1 FINIG. **111** Art. 21 Abs. 2 FINIG. **112** Art. 21 Abs. 3 FINIG. **113** Art. 22 Abs. 1 FINIG. **114** Art. 22 Abs. 1 FINIG. **115** Art. 22 Abs. 2 FINIG. **116** Art. 22 Abs. 3 FINIG. **117** Art. 23 Abs. 1 FINIG. **118** Art. 23 Abs. 2 FINIG. **119** Art. 13 Abs. 1 FINIG. **120** Art. 13 Abs. 2 FINIG. **121** Vgl. dazu Fabianne de Vos Burchart, Trustees under the Financial Services Act: Quo Vadis?, GesKR 2018, 10 ff., 23 ff. **122** Zur

schweizerischen Familienstiftung vgl. Oliver Arter (Anm. 60), 107 ff. **123** Foundations (Jersey) Law 2009. Vgl. etwa Zillah Howard, Will foundations in Jersey draw upon jurisprudence in civil law countries, or will they develop separately, drawing parallels with the law and practice relating to trusts and companies?, Trusts & Trustees, July 2017, 689 ff. **124** Foundations (Guernsey) Law, 2012. **125** Isle of Man Foundations Act 2011. **126** Gibraltar Private Foundations Bill 2017. **127** Cayman Islands, The Foundation Companies Bill, 2016. Vgl. dazu Tony Pursall, Cayman Islands foundation companies revisited, Trusts & Trustees, July 2018, 541 ff. **128** Bahamas Foundation Act, 2004. **129** Barbados Foundation Act 2013–12. Vgl. zur Thematik der Standortattraktivität durch Einführung von sowohl Stiftungs- als auch Trust-Recht Liza A. Harridyal Sodha, Enhanced asset planning vehicles in Barbados: trusts, private trust companies, and foundations, Trusts & Trustees, July 2017, 637 ff. **130** Liberia Associations Law, Part VI, Chapter 60 (as amended, 2002). **131** Saint Kitts and Nevis Foundations Act, 2003. **132** Antigua and Barbuda International Foundations Act 2007. **133** Anguilla Foundation Act 2008. **134** Seychelles Foundations Act 2009. **135** Vanuatu Foundation Act 2009. **136** Belize International Foundations Act 2010. **137** Labuan Foundations Act 2010. **138** Mauritius Foundations Act 2012. **139** Cook Islands Foundations Act 2012. **140** Samoa Foundations Act 2016. Vgl. zum Ganzen auch Paolo Panico, Private foundations and trusts: just the same but different?, Trusts & Trustees, February 2016, 132 ff. **141** New Hampshire Revised Statutes Annotated (RSA) 564-F:3–301. **142** Todd D. Mayo, The New Hampshire Foundation Act, Trusts & Trustees, July 2018, 606 ff. **143** Qatar Financial Centre, Foundation Regulations 2016. **144** Abu Dhabi Global Market, Foundations Regulations 2017. **145** Dubai International Financial Centre, Foundations Law DIFC No. 3 of 2018. **146** Vgl. dazu auch Stijn Janssen/Martijn van Steensel, The DIFC Foundations Law 2018, Trusts & Trustees, July 2018, 552 ff.; Filippo Nosedà, Why foundations have the potential to play a big role in the Gulf, Trusts & Trustees, July 2018, 519 ff. **147** Zur «wirtschaftlichen Betrachtungsweise» und zur teleologischen Auslegung vgl. nur Peter Nobel, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Recht, SJZ 2017, 457 ff., 462 ff. **148** Vgl. zur Verwaltungstreuhand Matthias Seiler, Trust und Treuhand im schweizerischen Recht, Zürich 2005, 48 ff. Zur rechtlichen Qualifikation vgl. BGE 99 II 393 ff., 397 E. 6. **149** Schweizerische Nationalbank, Die Banken in der Schweiz, Juni 2018, 6, abrufbar unter https://www.snb.ch/de/mmr/reference/banks_2017/source/banks_2017.de.pdf. **150** Art. 17 Abs. 2 FINIG. **151** Zum Protektor vgl. Oliver Arter, Protektor eines Trusts, Befugnisse und Pflichten im Rahmen des Trusts, ST 2006/10, 729 ff. **152** In Anlehnung an Oliver Arter (Anm. 151), 730. **153** Eidg. Finanzmarktaufsicht (Finma), Finma-RS 2011/1 «Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG», Rz. 106. **154** In Anlehnung an Oliver Arter (Anm. 151), 730 f. **155** Art. 43 a FINMAG. **156** Art. 7 Abs. 2 FINIG. **157** Art. 74 Abs. 3 FINIG. **158** Art. 74 Abs. 3 FINIG. **159** Art. 24 GwG. **160** Art. 74 Abs. 3 FINIG. **161** Zur Stiftungsaufsicht vgl. Oliver Arter/Roman Cincelli, Die Aufsicht über Stiftungen durch die Eidgenössische Stiftungsaufsicht – Grundlagen und Revisionsvorhaben, Jusletter 12. Juni 2017. **162** Vgl. hierzu Oliver Arter (Anm. 26), 307 ff.; Oliver Arter/Katharina Petri (Anm. 26), 513 ff. **163** Alternativ könnte auch ein schweizerisches Treuhandrecht geschaffen werden. Dies erachtet der Autor allerdings nicht als opportun, weil die Treuhand im internationalen Wettbewerb um attraktive Nachlassplanungsinstrumente unbedeutend ist.