

FMA-Mitteilung 2019/1 – Ergänzende Pflichten bei der Ausgabe und Rücknahme sowie der Anteilsregisterführung bei Fondsanteils-Token

Mitteilung betreffend die ergänzenden Pflichten bei der Ausgabe und Rücknahme sowie der Anteilsregisterführung bei Fondsanteils-Token

Referenz:	FMA-M 2019/1
Adressaten:	Verwaltungsgesellschaften/AIFM nach folgenden Gesetzen: • AIFMG • UCITSG • IUG
Publikation:	Webseite
Erlass:	3. September 2019
Inkraftsetzung:	4. September 2019
Letzte Änderung:	-
Rechtliche Grundlagen:	• Art. 38, Art. 46 AIFMG iVm Art. 87 Delegierte Verordnung (EU) Nr. 231/2013 • Art. 21, Art. 22 UCITSG iVm Art. 24, Art. 27 UCITSV • Art. 33 Abs. 3 Bst. 6 Ziff. 6, Art. 34 iVm Art. 46 IUG

1. Allgemeines

Die Tokenisierung¹ von Anteilen an einem Fonds, sei es als AIF gemäss Art. 4 Abs. 1 Ziffer 1 Nr. 1 AIFMG, OGAW gemäss Art. 3 Abs. 1 Ziffer 1 Nr. 1 UCITSG oder Investmentunternehmen gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a IUG, ist ein aktuelles Thema, zu welchem die FMA die daraus resultierenden ergänzenden Pflichten gemäss den einschlägigen Spezialgesetzen festhält. Die folgenden Ausführungen setzen voraus, dass der Fonds die Token² (anstelle von klassischen Fondsanteilen) selbst ausgibt. Ein davon abweichendes Vorgehen setzt eine erneute Einzelfallbeurteilung voraus.

Die Anteile eines Fonds müssen generell die Anforderungen an übertragbare Wertpapiere erfüllen. Die Wertpapiereigenschaft wird grundsätzlich anhand der drei Kriterien Übertragbarkeit, Standardisierung und Handelbarkeit beurteilt.

Die Ausgabe einer physischen Urkunde ist dagegen nicht erforderlich, d.h. auf das Kriterium der Körperlichkeit kommt es nicht an. Die einschlägigen Spezialgesetze und Richtlinien/Verordnungen differenzieren somit grundsätzlich nicht nach Erscheinungsform und Bezeichnung, sondern allein nach den relevanten Merkmalen, weshalb von einer Technologieneutralität (engl. substance over form) des Rechts auszugehen ist. Die Tokenisierung ist insoweit nicht als eigene oder neue Rechtsform anzusehen, bewirkt aber die Pflicht zur Einhaltung von ergänzenden Pflichten.

Im Rahmen einer Einzelfallprüfung ist durch die Verwaltungsgesellschaft nachzuweisen und durch den Wirtschaftsprüfer im Rahmen des Autorisierungs-/Genehmigungsgesuches zu bestätigen, dass die konkrete Ausgestaltung der Token bzw. die Tokenisierung von Anteilen eines Fonds konform mit der Einhaltung dieser ergänzenden Pflichten sind.

2. Ergänzende Pflichten bei der Ausgabe/Rücknahme von Fondsanteils-Token

Folgende Pflichten respektive Anforderungen an einen Fonds-Token sind ergänzend zu berücksichtigen:

Sofern keine Mindestanlagefrist besteht, muss die Ausgabe und Rückgabe der Fondsanteils-Token im Primärmarkt mindestens jährlich möglich sein. Bei der Ausgabe der Fondsanteils-Token müssen diese digital erzeugt werden (engl. token generating) und im Falle der Rücknahme der Fondsanteile müssen diese erlöschen (engl. burning). Die Fondsanteils-Token müssen innerhalb der gleichen Anteilsklasse die gleichen Rechte begründen und dürfen im Vergleich zu klassischen Fondsanteilen keine weitergehenden Rechte (wie z.B. Mitbestimmungsrechte) inkludieren.

¹ Tokenisierung: Die digitalisierte Abbildung eines (Vermögens-)Wertes einschliesslich der in diesem Wert enthaltenen Rechte und Pflichten.

² Token: Eine digitalisierte Form von Vermögenswerten, die je nach Einsatz- und Erscheinungsform bestimmte Funktionen und/oder ein bestimmter Wert zugemessen wird und die auf Grundlage der Distributed Ledger Technologie auf einer digitalen Datenbank geführt werden. Die Unterscheidung verschiedener Tokengattungen erfolgt anhand der durch sie vermittelten Rechte bzw. Funktionen. Man unterscheidet üblicherweise zwischen Security Token, Utility Token und Currency Token.

Blockchain/Distributed Ledger Technologie (DLT): Ein dezentrales kollektives Buchführungssystem in Form einer Datenbank (sog. Distributed Ledger), bei dem einzelne Datensätze (sog. Blocks) unter Einsatz einer Open-Source-Software und von Verschlüsselung miteinander kontinuierlich verbunden werden. Die Blocks erhalten dabei jeweils mittels Kryptographie gesicherte Transaktions- und Zeitdaten des vorhergehenden Blocks und verifizieren dadurch die Authentizität des Vorgangs. Einträge in die Datenbank sind unveränderbar; die digitale Datenbank erlaubt lediglich Hinzufügungen.

Da Fonds gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. c SPG sorgfaltspflichtig sind, müssen die Fonds die gesetzlichen Sorgfaltspflichten erfüllen. Bei AIF gemäss Art. 4 Abs. 1 Ziffer 1 Nr. 1 AIFMG oder OGAW gemäss Art. 3 Abs. 1 Ziffer 1 Nr. 1 UCITSG, welche durch Rechtsträger im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. f oder g SPV gezeichnet oder gehalten werden und die als direkter Vertragspartner im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung gegenüber dem Fonds handeln bzw. handelten, kann die Pflicht nach Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 und 2 SPG durch die Feststellung der Identität des zeichnenden Instituts erfüllt werden. Da Fondsanteils-Token jedoch durch die Anleger direkt erworben werden dürften und somit in der Regel keine sorgfaltspflichtige Bank (im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a SPG) die Anteile für die Anleger erwirbt, kann Art. 22b Abs. 3 SPV nicht angewendet werden. Für die Anwendbarkeit des Art. 22b Abs. 3 SPV ist es also notwendig, dass die Fondsanteils-Token oder klassische Fondsanteile durch einen Rechtsträger im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. f oder g SPV erworben werden.

Sofern die Erleichterungen in der Feststellung des Vertragspartners und der wirtschaftlich berechtigten Person nach Art. 22b Abs. 3 SPV nicht anwendbar sind, ist der Vertragspartner nach Art. 6 Abs. 1 SPG zu identifizieren und die Identität der wirtschaftlich berechtigten Person nach Art. 7 Abs. 1 und 2 SPG festzustellen (neben den weiteren einschlägigen Sorgfaltspflichten). Im Fortbestand der Geschäftsbeziehung ist jede Veränderung umgehend zu dokumentieren und dementsprechend das Dossier dieser Geschäftsbeziehung zu aktualisieren.

Zur Reduktion des Risikos der Geldwäscherei dürfen Zeichnungen und Auszahlungen nur in Fiatgeld erfolgen. Die Auszahlung hat im Weiteren zwingend an den gleichen Vertragspartner und wirtschaftlich Berechtigten zu erfolgen, welcher ursprünglich die Zeichnung platziert hat, sofern der Anteilsregister führenden Stelle keine Sekundärmarkt Transaktion angezeigt wurde.

3. Ergänzende Pflichten bei der Anteilsregisterführung im Rahmen von Fondsanteils-Token

Die Anteilsregisterführung muss die besonderen Aspekte der Fondsanteils-Token berücksichtigen. Sofern das Anteilsregister nicht selbst von der Verwaltungsgesellschaft bzw. dem AIFM geführt wird, sondern an die Verwahrstelle des Fonds oder einen anderen hierzu berechtigten prudentiell beaufsichtigten Intermediär ausgelagert wird, ist dies eine Delegation im Sinne von Art. 46 AIFMG, Art. 22 UCITSG oder Art. 34 IUG. Die Delegation muss der FMA vor deren Inkrafttreten angezeigt werden. Im Rahmen der Anzeige sind der Delegationsvertrag und die dazugehörigen Weisungen sowie Prozesse (Stichwort: Überwachung und Instruktion des Delegationsnehmers) der FMA zu übermitteln, welche prüft, ob die notwendige Instruktion gegeben und die Überwachung möglich ist. Im Rahmen der Instruktion des Delegationsnehmers ist wichtig, dass insbesondere die Details für die Anteilsregisterführung und die Vorgaben für die Erfüllung der Sorgfaltspflichten für die FMA erkennbar sind und von dieser respektive dem Wirtschaftsprüfer auch geprüft werden können. Die vorstehend beispielhaft genannten Aspekte stellen keine abschliessende Aufzählung dar, vielmehr hat der Delegationsgeber die Spezifika des Einzelfalls zu berücksichtigen und umfassend die Instruktion für das konkrete Delegationsverhältnis (vertraglich) auszugestalten. Sofern die gesetzlichen Anforderungen an eine Delegation eingehalten sind, wird diese von der FMA zur Kenntnis genommen. Da keine Genehmigung der Delegation erfolgt, kann die Verwaltungsgesellschaft/AIFM das Delegationsverhältnis jederzeit auflösen und die zuvor übertragenen Aufgaben selbst ausführen, sodass die Verwaltungsgesellschaft/AIFM insoweit selbst über die hierzu notwendigen Ressourcen und das Know-How verfügen muss.

Im Weiteren sind sowohl die Besonderheiten der Anteilsausgabe/-rückgabe bzw. des Anteilshandels, als auch die Details der Delegation aus Gründen der Transparenz in den konstituierenden Dokumenten des Fonds offenzulegen.

Sofern Art. 22 b Abs. 3 SPV nicht anwendbar ist, muss das Anteilsregister die Daten zum Vertragspartner und wirtschaftlich Berechtigten enthalten. Der blosse Ausweis der Adressen der Wallets, an welche die

Fondsanteils-Token gesandt wurden, ist nicht ausreichend. Es muss vielmehr zu jeder Wallet Adresse auch der Vertragspartner und der wirtschaftlich Berechtigte ausgewiesen werden. Das Anteilsregister muss fortlaufend aktuell sein. Die Pflicht zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten obliegt gemäss Art. 3 Abs 1 Bst. c SPG grundsätzlich dem Fonds selbst, sodass die Sorgfaltspflichten durch den Fonds (vertreten durch die Verwaltungsgesellschaft/ AIFM) zu erfüllen sind. Es gilt zu beachten, dass gemäss Art. 14 Abs. 2 SPG der Sorgfaltspflichtige (dh. der Fonds vertreten durch die Verwaltungsgesellschaft/ AIFM) auch im Falle der Delegation für die Einhaltung der Sorgfaltspflichten verantwortlich bleibt. Bei einer fremdverwalteten Investmentgesellschaft ist diese selber sorgfaltspflichtig, sodass die Verantwortung dem Verwaltungsrat der Investmentgesellschaft obliegt.

Zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten muss der Fonds als Sorgfaltspflichtiger gemäss Art. 3 Abs 1 Bst. c SPG den Vertragspartner nach Art. 6 Abs. 1 SPG und die wirtschaftlich berechtigte Person nach Art. 7 Abs. 1 und 2 SPG jeder Geschäftsbeziehung identifiziert haben. Aufgrund der Pseudoanonymität³ der Wallets ist es daher nicht ausreichend, wenn im Anteilsregister lediglich die Wallet Adresse ausgewiesen wird. Insofern sind umfangreiche Massnahmen nötig, die sicherstellen, dass eine Zuordnung der Walletadresse zum Endanleger fortlaufend möglich ist, da andernfalls das Risiko besteht, dass der Fonds den aktuellen Vertragspartner nach Art. 6 Abs. 1 SPG und die aktuell wirtschaftlich berechtigte Person nach Art. 7 Abs. 1 und 2 SPG nicht mehr im Anteilsregister ausweisen kann.

4. Ergänzende Pflichten im Rahmen des Autorisierungs-/Genehmigungsgesuchs

Aufgrund der Bedeutung des Smart Contracts für die Fondsanteils-Token ist ein Security Review des eingesetzten Smart Contracts im Rahmen des Autorisierungs-/Genehmigungsgesuchs des Fonds nachzuweisen sowie in regelmässigen Abständen (mindestens jährlich) oder auf Anforderung der FMA zu wiederholen. Aus der Bestätigung muss erkennbar sein, dass der beschriebene Prozess mit dem programmierten Smart Contract übereinstimmt. Zudem ist der Bestätigung der Quelltext des Smart Contracts beizufügen.

Der Wirtschaftsprüfer des Fonds hat im Rahmen der Aufsichtsprüfung die Besonderheiten zu prüfen, die sich aus der Tokenisierung ergeben. Die fachliche Eignung des Wirtschaftsprüfers in Bezug auf die Tokenisierung und Distributed Ledger Technologie ist bei dessen Auswahl angemessen zu berücksichtigen.

5. Datenschutz

Die FMA verarbeitet personenbezogene Daten ausschliesslich nach den allgemeinen Datenverarbeitungsgrundsätzen der Datenschutz-Grundverordnung (Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG) sowie nach dem geltenden Datenschutzrecht.

Sämtliche Informationen zur Verarbeitung personenbezogener Daten, einschliesslich der Angaben zum Verarbeitungszweck, zum Datenverantwortlichen sowie zu den Betroffenenrechten sind in der FMA-Information zum Datenschutz enthalten: <https://www.fma-li.li/de/fma/datenschutz/fma-information-zum-datenschutz.html>

³ Pseudoanonymität: Pseudoanonymität ist, wenn eine Verknüpfung über ein Pseudonym durchgeführt werden kann, gleichzeitig aber eine Zuordnung des Pseudonyms zu einer realen Identität nicht möglich ist. Sämtliche Walletadressen werden zwar auf der Blockchain gespeichert, jedoch ermöglichen die komplexen Walletadressen keinen Rückschluss auf die Identität der realen Person.



6. Inkraftsetzung

Diese Mitteilung wurde von der Geschäftsleitung der FMA am 3. September 2019 genehmigt und tritt am 4. September 2019 in Kraft.

Für Rückfragen steht die FMA zur Verfügung.

Telefon: +423 236 73 73

E-Mail: info@fma-li.li