



# Die Registrierungspflicht für Kundenberater ausländischer Finanzdienstleister

09.11.2023

---

## Key takeaways

- **Nach Art. 28 Abs. 1 FIDLEG haben sich Kundenberater inländischer Finanzdienstleister, die nicht nach Art. 3 FINMAG beaufsichtigt werden, sowie Kundenberater ausländischer Finanzdienstleister grundsätzlich in ein Schweizer Beraterregister einzutragen.**
- **Für Kundenberater ausländischer Finanzdienstleister besteht unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit einer Befreiung von der Registrierungspflicht.**
- **Diese Voraussetzungen, insbesondere das Kriterium einer ausländischen prudenziellen Aufsicht, können nicht pauschal betrachtet werden; vielmehr ist eine einzelfallweise Analyse unter Berücksichtigung des betreffenden Typus Finanzdienstleister und Jurisdiktion angezeigt.**

## Einleitung

Nach Art. 28 Abs. 1 des Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG) haben sich sowohl Kundenberater inländischer Finanzdienstleister, die nicht nach Art. 3 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG) beaufsichtigt werden, als auch Kundenberater ausländischer Finanzdienstleister in einem Beraterregister einzutragen, bevor diese ihre Tätigkeiten in der Schweiz ausüben dürfen.

Nichtsdestotrotz sind Kundenberater ausländischer Finanzdienstleister nicht in jedem Falle verpflichtet, sich in ein Beraterregister eintragen zu lassen: Art. 28 Abs. 2 FIDLEG gewährt dem Bundesrat die Möglichkeit, Kundenberater ausländischer Finanzdienstleister, die einer prudenziellen Aufsicht unterstehen, von der Registrierungspflicht auszunehmen – sofern diese ihre Dienstleistungen in der Schweiz ausschliesslich gegenüber per se professionellen oder institutionellen Kunden erbringen. Von dieser Möglichkeit hat der Bundesrat in Art. 31 der Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV) denn auch Gebrauch gemacht. Nicht darunter fallen hingegen High Net Worth Individual Retail Kunden, welche erklärt haben, dass sie als professionelle Kunden gelten wollen.

Während gemäss Art. 28 Abs. 3 FIDLEG die Befreiung von der Registrierungspflicht auch von der Gewährung des Gegenrechts durch den Heimatstaat des Finanzdienstleisters abhängig gemacht werden kann, hat der Bundesrat auf ein solches Gegenrechtserfordernis verzichtet.

Nachfolgend werden die einzelnen Voraussetzungen sowie die Vorgehensweise im Zusammenhang mit Ausnahmen von der Registrierungspflicht näher erläutert.

## Befreiung von der Registrierungspflicht

Erwähnte Ausnahmebestimmung von Art. 28 Abs. 2 FIDLEG i.V.m. Art. 31 FIDLEV ist von folgenden drei Kriterien, die kumulativ erfüllt sein müssen, abhängig: (i) es muss sich um Kundenberater eines ausländischen Finanzdienstleisters handeln, (ii) der Finanzdienstleister muss im Ausland einer prudenziellen Aufsicht unterstehen und (iii) die Kundenberater des ausländischen Finanzdienstleisters erbringen ihre Dienstleistungen ausschliesslich an per se professionelle oder institutionelle Kunden.

### Kundenberater ausländischer Finanzdienstleister

Der Begriff des "ausländischen Finanzdienstleisters" wird weder im FIDLEG noch in der FIDLEV weitergehend definiert. Er bildet vielmehr das terminologische Gegenstück zum Terminus "inländischen Finanzdienstleister", weshalb an dieser Stelle zuerst auf diesen Begriff einzugehen ist. Hervorzuheben ist hierbei, dass an den Finanzdienstleister – und nicht an den Kundenberater – anzuknüpfen ist. Mithin sind der Arbeits- oder Wohnort des Kundenberaters vorliegend nicht von Relevanz.

Als inländische Finanzdienstleister werden jene Finanzdienstleister erfasst, die (i) als juristische Personen nach Massgabe des schweizerischen Rechts gegründet wurden oder (ii) die als natürliche Person Wohnsitz in der Schweiz haben.

Demgegenüber gelten sämtliche Finanzdienstleister, die nicht als inländische

Finanzdienstleister nach obiger Definition gelten, als ausländische Finanzdienstleister. Dies trifft insbesondere auf sämtliche Finanzdienstleister zu, die eine Cross-Border-Tätigkeit vom Ausland in die Schweiz erbringen.

#### Prudenzielle Aufsicht im Ausland

Das Erfordernis einer prudenziellen Aufsicht über den Finanzdienstleister ist Ausfluss des Anlegerschutzgedankens hinter der Registrierungspflicht. Die Unterstellung unter eine prudenzielle Aufsicht im Ausland soll dabei ein gewisses Mindestmass an Anlegerschutz bewirken – hierzu muss jedoch die ausländische Aufsicht gewissen Anforderungen genügen.

Die prudenzielle Aufsicht bemisst sich nach einem schweizerischen Massstab; das ausländische Recht kann mithin nicht bestimmen, ob und inwiefern eine Aufsicht prudenziell i.S.v. Art. 28 Abs. 2 FIDLEG ist. Freilich setzt die ausländische Rechtsordnung hingegen die Basis – das jeweilige Aufsichtsregime – der Untersuchung. Gleichwohl entscheidet einzig das schweizerische Recht, ob dieses Aufsichtsregime als prudenzielle Aufsicht qualifiziert. Für diese Qualifikation ist die ausländische Aufsicht sowohl auf deren Erstreckung in örtlicher Hinsicht als auch die Regulierungsbreite hin zu prüfen.

Das Kriterium der Erstreckung in örtlicher Hinsicht stellt sicher, dass die ausländische Aufsicht – unabhängig deren sonstiger Quantität und Qualität – auch die Finanzdienstleistungstätigkeit in der Schweiz erfasst. In Ermangelung einer örtlichen Erstreckung der ausländischen Aufsicht auf die Tätigkeit in der Schweiz wäre denn auch dem Anlegerschutzgedanken von vornherein nicht Genüge getan.

Demgegenüber bezieht sich die Prüfung der Regulierungsbreite auf den Umfang (und in begrenztem Masse auch auf die Tiefe) des ausländischen Aufsichtsregimes. Namentlich ist dabei zu prüfen, ob das ausländische Aufsichtsregime Vorschriften (i) zur Sicherung der Solvenz und der Liquidität, (ii) zum Risikomanagement, (iii) zur Einhaltung von Verhaltensregeln (vergleichbar mit den Verhaltenspflichten des FIDLEG oder den Sorgfaltspflichten nach GwG) enthält.

Wie oben erwähnt, ist für die Zwecke des Art. 28 Abs. 2 FIDLEG i.V.m. Art. 31 FIDLEG ist primär die Regulierungsbreite – nicht die Regulierungstiefe – massgebend. Sodann sind die jeweiligen ausländischen Vorschriften auch nicht auf deren Adäquanz oder Äquivalenz zu prüfen.

Ferner ist eine pauschale Beurteilung der ausländischen prudenziellen Aufsicht – selbst im harmonisierten Umfeld des EU-Rechts – nicht möglich und eine Prüfung hat für jeden Typus ausländischen Finanzdienstleisters und für jede Jurisdiktion in einer Einzelfallbetrachtung zu erfolgen.

#### Dienstleistungserbringung an per se professionelle oder institutionelle Kunden

Der Hintergrund des Anlegerschutzgedankens steht auch am Ursprung der Beschränkung der Ausnahmebestimmung auf die Dienstleistungserbringung an gewisse Kundenklassen; geht der Gesetzgeber geht doch vom Grundsatz eines differenzierten Schutzbedürfnisses aus.

Vor diesem Hintergrund erstaunt es wenig, dass vorliegend nur die Dienstleistungserbringung an per se professionelle oder institutionelle Kunden, denen ein tieferes Schutzbedürfnis attestiert wird, für eine Ausnahme der Registrierungspflicht in Betracht fällt – nicht jedoch die Dienstleistungserbringung an Privatkunden bzw. High Net Worth Individuals, welche erklärt haben, dass sie als professionelle Kunden behandelt werden wollen.

Der Wortlaut von Art. 28 Abs. 2 FIDLEG bezieht sich nur auf per se professionelle oder institutionellen Kunden gemäss Art. 4 FIDLEG; demgegenüber fehlt in Art. 31 FIDLEG ein solcher Verweis. Vor dem Hintergrund des Anlegerschutzes als Leitgedanken der Ausnahmebestimmung fragt sich, ob sich die hierdurch implizierte Unbeachtlichkeit eines Opting-out bzw. Opting-in nach Art. 5 FIDLEG tatsächlich als sachgerecht erweist.

Nichtsdestotrotz gehen alle drei von der FINMA zugelassenen Registrierungsstellen in ihrer Praxis davon aus, dass nur per se professionelle oder institutionelle Kunden i.S.v. Art. 4 FIDLEG zu berücksichtigen sind. Werden also Dienstleistungen an High Net Worth Individuals erbracht, die nach Art. 5 Abs. 1 FIDLEG erklärt haben, dass sie als professionelle Kunden behandelt werden wollen, ist eine Eintragung in ein Schweizer Beraterregister dennoch erforderlich.

Nachweis über die Voraussetzungen einer Befreiung von der Registrierungspflicht

Für die Geltendmachung einer Befreiung von der Registrierungspflicht hat der betreffende ausländische Finanzdienstleister die Erfüllung obiger Kriterien darzulegen. Insbesondere obliegt es dem ausländischen Finanzdienstleister, einen Nachweis über das Bestehen einer prudenziellen Aufsicht im Ausland zu erbringen. Beispielhaft kann ein solcher Nachweis mittels einer Bestätigung des zuständigen ausländischen Regulators oder Aufsichtsbehörde oder mittels eines Rechtsgutachtens (Legal Opinion) einer entsprechend qualifizierten Anwaltskanzlei erbracht werden.

## Fazit

Wie oben dargelegt, hat der ausländische Finanzdienstleister nachzuweisen, dass er für eine Befreiung von der Registrierungspflicht für dessen Kundenberater qualifiziert.

Dabei dürfte der Nachweis, wonach es sich beim betreffenden Finanzdienstleister um einen ausländischen handelt, sowie über die Dienstleistungserbringung ausschliesslich an per se professionelle oder institutionelle Kunden gemäss Art. 4 FIDLEG regelmässig ohne Weiteres zu erbringen sein. Demgegenüber kann die Frage, ob ein bestimmtes ausländisches Aufsichtsregime eine prudenzielle Aufsicht i.S.v. Art. 28 Abs. 2 FIDLEG darstellt, pauschal nicht ohne Weiteres beantwortet werden. Diesbezüglich ist eine eingehende einzelfallweise Analyse angezeigt. Vor diesem Hintergrund wäre es wünschenswert, wenn die Beraterregister Listen publizieren würden, ob ausländische Finanzdienstleister wie z.B. bei der SEC registrierte Investment Advisor Firms oder Sub-Threshold Alternative Investment Fund Manager unter der AIFMD II für eine Befreiung von der Registrierungspflicht qualifizieren.

Im Lichte der potenziellen Unwägbarkeiten hinsichtlich der Voraussetzungen für eine Befreiung nach Art. 28 Abs. 2 FIDLEG, ist in Zweifelsfällen von einer Registrierungspflicht auszugehen und eine entsprechende Registrierung der betreffenden Kundenberater nach Art. 28 Abs. 1 FIDLEG vorzunehmen.

Abschliessend bleibt zu betonen, dass auch im Fall einer Befreiung von der Registrierungspflicht nach Art. 28 Abs. 2 FIDLEG die weiteren Bestimmungen die Kundenberater betreffend – und freilich auch die Bestimmungen des FIDLEG jenseits der Regulierung der Kundenberater – gleichwohl einzuhalten sind.

Autoren: Dr. iur. Samir Ainouz (Junior Associate), Andrea Huber (Partner)

Keine Rechts- oder Steuerberatung

Dieses Legal Update gibt einen allgemeinen Überblick über die Rechtslage in der Schweiz und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Es stellt keine Rechts- oder Steuerberatung dar. Falls Sie Fragen zu diesem Legal Update haben oder Rechtsberatung hinsichtlich Ihrer Situation benötigen, wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei Pestalozzi Rechtsanwälte AG oder an eine der in diesem Legal Update erwähnten Kontaktpersonen.

©2023 Pestalozzi Attorneys at Law Ltd. Alle Rechte vorbehalten.

## **Oliver Widmer**

Partner  
Attorney at law  
Head Financial Services

Pestalozzi Attorneys at Law Ltd  
Feldeggstrasse 4  
8008 Zürich  
Switzerland  
T +41 44 217 92 42  
[oliver.widmer@pestalozzilaw.com](mailto:oliver.widmer@pestalozzilaw.com)



---

## **Andrea Huber**

Partner  
Attorney at law, LL.M.

Pestalozzi Attorneys at Law Ltd  
Feldeggstrasse 4  
8008 Zürich  
Switzerland  
T +41 44 217 92 41  
[andrea.huber@pestalozzilaw.com](mailto:andrea.huber@pestalozzilaw.com)

