



FMA

Finanzmarktaufsicht
Liechtenstein



FMA-Praxis 2009

Informationen der FMA zu ihrer Aufsichtstätigkeit
mit Entscheidungen und Beschlüssen

VORWORT

Die FMA ist gemäss den einschlägigen Bestimmungen des Finanzmarktaufsichtsgesetzes verpflichtet, die Öffentlichkeit über ihre Aufsichtstätigkeit zu informieren.

Dieser gesetzlichen Obliegenheit kommt die FMA durch die laufende und zeitgerechte Publikation verschiedener Informationen auf ihrer Webseite nach. Sie stellt dafür auch einen Newsletter-Service zur Verfügung.

Darüber hinaus wird jährlich die «FMA-Praxis» publiziert. Sie dient der vertieften Information über die Aufsichtspraxis der FMA und enthält Darstellungen und Auszüge von wichtigen Entscheidungen bzw. Verfügungen der FMA, von Beschlüssen der FMA-Beschwerdekommision (FMA-BK) sowie von Urteilen des Verwaltungsgerichtshofes (VGH) und des Staatsgerichtshofes (StGH). Alle Informationen werden in anonymisierter Form wiedergegeben. Die «FMA-Praxis» soll der Rechtssicherheit sowie der Transparenz in Bezug auf die von der FMA praktizierte Aufsicht über den Finanzmarkt Liechtenstein dienen.

In der vorliegenden «FMA-Praxis 2009» finden sich Verfügungen, Beschlüsse und Urteile, welche im Jahr 2009 ergangen sind. Wurde etwa eine Verfügung angefochten und war das Verfahren Ende 2009 noch hängig, so wird über den Ausgang des Verfahrens in einer späteren FMA-Praxis berichtet werden.

Unser besonderer Dank gilt der FMA-BK, dem VGH sowie dem StGH, welche uns die Wiedergabe der praxisrelevanten Beschlüsse bzw. Urteile gestatten.

Michael Lauber
Präsident des Aufsichtsrates

Mario Gassner
Vorsitzender der Geschäftsleitung

| | |
|---|----|
| 1. BANKEN UND WERTPAPIERE | 5 |
| 1.1 Erteilung einer Bankbewilligung | 5 |
| 1.1.1 Grundsätzliches zur Bewilligungspflicht | 5 |
| 1.1.2 Dokumentation des Gesuchs | 5 |
| 1.1.3 Bewilligungsvoraussetzungen | 6 |
| 1.2 Investmentunternehmen | 10 |
| 1.2.1 Bewilligungspflicht | 10 |
| 1.2.2 Öffentliche Werbung und Publikum | 10 |
| 1.2.3 Kapitalanlage | 11 |
| 1.2.4 Finanzinstrument im Sinne des IUG | 11 |
| 1.2.5 Gemeinschaftlichkeit der Kapitalanlage und Verwaltung auf gemeinsame Rechnung | 12 |
| 1.2.6 Weitere Voraussetzungen | 13 |
| 1.3 Bewilligungspflichtige Tätigkeit als Vermögensverwaltungsgesellschaft | 13 |
| 1.3.1 Vorgaben des VVG | 13 |
| 1.3.2 Gebührenpflicht | 15 |
| | |
| 2. VERSICHERUNGSVERMITTLER | 17 |
| 2.1 Informations- und Beratungspflichten der Versicherungsvermittler | 17 |
| 2.2 Bei der Information und Beratung einzuhaltende Form im Besonderen | 18 |
| | |
| 3. ANDERE FINANZINTERMEDIÄRE | 21 |
| 3.1 Verletzung von Sorgfaltspflichten | 21 |
| 3.1.1 Anordnung einer ausserordentlichen Sorgfaltspflichtkontrolle | 21 |
| 3.1.2 Aufforderung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes | 22 |
| 3.2 Eintragung in die Liste der liechtensteinischen Rechtsanwälte | 24 |
| | |
| 4. INTERNATIONALE AMTSHILFE | 28 |
| 4.1 Allgemeines | 28 |
| 4.2 Gleichwertigkeit behördlicher Verschwiegenheitspflichten | 29 |
| 4.3 Materielle Prüfung des einem Amtshilfeersuchen zugrunde liegenden Sachverhalts | 33 |
| | |
| ANHANG | |
| Abkürzungsverzeichnis | 36 |

BANKEN UND WERTPAPIERE

1. BANKEN UND WERTPAPIERE

1.1 ERTEILUNG EINER BANKBEWILLIGUNG

1.1.1 Grundsätzliches zur Bewilligungspflicht

¹ Das BankG umschreibt gemäss Art. 1 die Organisation und die Geschäfte und bezweckt den Schutz der Gläubiger von Banken und Wertpapierfirmen sowie die Sicherung des Vertrauens in das liechtensteinische Geld-, Wertpapier- und Kreditwesen. Banken im Sinne dieses Gesetzes sind Unternehmen, die gewerbsmässig Geschäfte nach Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 3 BankG betreiben. Banken benötigen gemäss Art. 15 BankG zur Aufnahme ihrer Geschäftstätigkeit eine Bewilligung der FMA. Die Voraussetzungen sind in Art. 17 ff. BankG geregelt.

² In Erfüllung ihrer Aufsichtspflicht trifft die FMA als örtlich und sachlich zuständige Behörde die notwendigen Massnahmen nach Art. 35 Abs. 1 BankG. Gemäss Art. 35 Abs. 2 BankG besitzt die FMA demzufolge alle erforderlichen Befugnisse, um ihre Aufgaben zu erfüllen, und kann insbesondere von den diesem Gesetz und ihrer Aufsicht Unterstellten alle für den Vollzug des BankG erforderlichen Informationen und Unterlagen verlangen. Überdies wird im Rahmen der Bewilligungspflicht auf die gesetzlichen Regelungen zu Erlöschen, Entzug und Widerruf der Bewilligung nach dem BankG (Art. 27 ff. BankG) verwiesen. Gemäss Art. 29 BankG können insbesondere von der FMA erteilte Bewilligungen abgeändert oder widerrufen werden, wenn der Bewilligungsträger die Erteilung durch falsche Angaben erschlichen hat oder der FMA wesentliche Umstände nicht bekannt waren.

1.1.2 Dokumentation des Gesuchs

³ Gemäss Art. 28 BankV muss das Gesuch um eine Bewilligung als Bank die Bewilligungsvoraussetzungen hinreichend dokumentieren. Dem Gesuch sind insbesondere beizulegen:

- Dokumente über die Herkunft des Aktienkapitals und die Besitzverhältnisse an diesem sowie die Form von dessen Liberierung
- die Entwürfe der Statuten und des Geschäftsreglements
- die Beschreibung der Organisation und die Personaldotation der Bank
- die personelle Zusammensetzung des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung

- der Nachweis der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und der Leitung der internen Revision
- das Budget für die ersten drei Jahre
- eine Erklärung einer von der FMA anerkannten Revisionsstelle, dass sie das Mandat als externe Revisionsstelle annimmt.

1.1.3 Bewilligungsvoraussetzungen

⁴ Die Bewilligung zum Betrieb einer Bank wird erteilt, sofern sämtliche Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 18 bis Art. 25 BankG und allenfalls ergänzend dazu gemachte Auflagen erfüllt sind. Die FMA prüft im konkreten Fall das Vorhandensein einer jeden einzelnen Bewilligungsvoraussetzung und begründet die Auferlegung etwaiger Auflagen.

Rechtsform und Sitz der Bank

⁵ Gemäss Art. 18 Abs. 1 BankG dürfen Banken und Wertpapierfirmen nur in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder der Europäischen Gesellschaft (SE) errichtet werden. Nach Art. 18 Abs. 2 BankG müssen sich der Firmensitz und die Hauptverwaltung in Liechtenstein befinden. Letzteres Erfordernis wird erfüllt, wenn die zukünftige Bank ihr Verwaltungszentrum und ihren operativen Betrieb ab Aufnahme der Geschäftstätigkeit in Liechtenstein hat. In das Bewilligungsgesuch sind entsprechende Ausführungen aufzunehmen.

Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit

⁶ Gemäss Art. 19 BankG müssen die mit der Verwaltung und Geschäftsleitung einer Bank betrauten Personen in fachlicher und persönlicher Hinsicht jederzeit Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Art. 29 BankV präzisiert diese Vorschrift dahingehend, dass die für den Verwaltungsrat, die Leitung der internen Revision und die Geschäftsleitung vorgesehenen Personen aufgrund ihrer Ausbildung oder ihrer bisherigen Laufbahn fachlich für die vorgesehene Aufgabe ausreichend qualifiziert sein müssen. Alsdann müssen die vorgesehenen Personen auch unter Berücksichtigung ihrer weiteren Verpflichtungen in der Lage sein, ihre Aufgaben in der Bank einwandfrei zu erfüllen. Art. 30 BankV schreibt ergänzend vor, dass diese Personen als Geschäftsleute einen guten Ruf besitzen müssen.

⁷ Für die Beurteilung vorgesehener Personen werden Lebensläufe, Ausbildungs- und Arbeitszeugnisse, Referenzen sowie Strafregisterauszüge und Erklärungen betreffend Strafverfahren beigezogen. Die bezüglichen Dokumente sind in der Regel im Original vorzulegen.

⁸ Sofern sich seit Einreichung des Bewilligungsgesuchs bis zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit – oder danach – Hinweise ergeben, dass die persönlichen oder fachlichen Voraussetzungen der relevanten Personen («Fit- und Properness») nicht mehr gegeben sein könnten, hat die FMA die erforderlichen Massnahmen zu treffen.

⁹ Die FMA hat auch die Aktivitäten und die finanzielle Situation der Kapitalgeber der zu gründenden Bank zu prüfen. Es dürfen keine Umstände bekannt werden, die an der Seriosität der Aktionäre der zu gründenden Bank Zweifel erwecken könnten. Die Voraussetzung, dass die qualifiziert beteiligten Aktionäre den im Interesse der Gewährleistung einer soliden und umsichtigen Führung der Bank zu stellenden Ansprüchen zu genügen haben, muss daher ebenfalls erfüllt sein.

Unvereinbarkeit und enge Verbindungen

¹⁰ Nach Art. 20 BankG dürfen die mit der Verwaltung und Geschäftsleitung einer Bank betrauten Personen nicht der FMA, der FMA-Beschwerdekommision oder deren Organen angehören. Abs. 2 dieser Bestimmung sieht vor, dass die ordnungsgemässe Aufsicht einer Bank nicht behindert werden darf, wenn zwischen einer Bank und anderen natürlichen oder juristischen Personen enge Verbindungen bestehen.

¹¹ In einem zu beurteilenden Fall hatte ein Mitglied des Aufsichtsrats der FMA enge Verbindungen zu den Gesuchstellern. Diese potenzielle Unvereinbarkeit galt es zu prüfen. Sie stand jedoch nicht im Widerspruch zu den gesetzlichen Anforderungen an die Unvereinbarkeit (insbesondere Art. 7 Abs. 3 FMAG): Der betreffende Aufsichtsrat hatte gemäss Art. 9 des Statuts der FMA sowohl im Rahmen der Bewilligungserteilung als auch im Rahmen der daran anschliessenden laufenden Aufsicht in allen die zukünftige Bank betreffenden Angelegenheiten in den Ausstand zu treten.

Beschreibung des Geschäftskreises

¹² Gemäss Art. 21 BankG müssen die Statuten und Reglemente den sachlichen und den geografischen Geschäftskreis der Bank genau umschreiben. Andere Tätigkeiten als Bankgeschäfte müssen, sofern sie erbracht werden wollen, in den Statuten ausdrücklich erwähnt werden. Die Statuten und Reglemente bedürfen für ihre Gültigkeit der Genehmigung der FMA gemäss Art. 21 Abs. 3 i. V. m. 35 Abs. 3 Bst. b BankG und Art. 31 BankV. Der FMA obliegt die Genehmigung der Änderung der Statuten und Reglemente der Banken sowohl vor als auch nach Aufnahme der Geschäftstätigkeit. Entsprechend sind Änderungen der FMA in jedem Fall zur Genehmigung vorzulegen. Auf die Meldepflichten gemäss Art. 26 BankG wird ausdrücklich verwiesen.

¹³ Art. 31 BankV präzisiert hierzu, dass für den Inhalt der Statuten die Bestimmungen des Personen- und Gesellschaftsrechts gelten und zudem eine klare Umschreibung der sachlichen und geografischen Geschäftsgebiete, auf die sich die Tätigkeit der Bank regelmässig erstreckt, zu enthalten haben. Das Geschäftsreglement legt die Organisation sowie die Grundsätze der Geschäftstätigkeit und der finanziellen Führung der Bank fest.

Organisation entsprechend dem Geschäftskreis

¹⁴ Gemäss Art. 22 Abs. 1 BankG müssen Banken entsprechend ihrem Geschäftskreis organisiert sein. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung benötigen Banken dazu einen Verwaltungsrat für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle, eine Geschäftsleitung aus mindestens zwei Mitgliedern, die ihre Tätigkeit in gemeinsamer Verantwortung ausüben und die nicht gleichzeitig dem Verwaltungsrat angehören dürfen, und eine direkt dem Verwaltungsrat unterstehende interne Revision. Die Aufgabenteilung zwischen dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung muss eine sachgerechte Überwachung der Geschäftsführung gewährleisten.

¹⁵ Art. 32 BankV bestimmt, dass der Verwaltungsrat aus mindestens drei Mitgliedern bestehen muss. Besteht er aus fünf oder mehr Mitgliedern, können die vom Gesetz nicht ausdrücklich ihm vorbehaltenen Aufgaben an einen aus seiner Mitte gebildeten Ausschuss delegiert werden. Ein solcher Ausschuss muss mindestens drei Mitglieder haben.

¹⁶ Art. 33 BankV lässt die Möglichkeit offen, die Aufgaben der internen Revision an eine externe Gesellschaft zu übertragen, wenn die Errichtung einer betriebseigenen internen Revision nicht angemessen erscheint. Hierfür in Frage kommen die interne Revision der Muttergesellschaft oder die interne Revision einer anderen, in die konsolidierte Jahresrechnung einbezogenen Gesellschaft, sofern es sich bei diesen um eine Bank oder einen anderen staatlich beaufsichtigten Finanzintermediär (z. B. Versicherungsunternehmen) handelt, eine von der FMA gemäss BankG anerkannte Revisionsstelle, welche von der bankengesetzlichen Revisionsstelle der Bank unabhängig ist, oder unabhängige Dritte, wenn die bankengesetzliche Revisionsstelle bestätigt, dass sie über gründliche Kenntnisse des Bankwesens und der Bankrevision verfügen und wenn die FMA zustimmt.

¹⁷ Bei der Prüfung der Organisation analysiert die FMA folgende Aspekte, wobei sie auch Stellungnahmen der designierten Revisionsstelle einholt: generelle Kompetenzordnung, Risikomanagement, bankinterne Ablauforganisation, EDV. Überdies ist grundsätzlich ein Teilnahmevertrag mit der Einlagensicherungs- und Anlegerschutz-Stiftung des Liechtensteinischen Bankenverbandes abzuschliessen.

Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle der Bank durch den Verwaltungsrat

¹⁸ Nach Art. 23 BankG obliegt dem Verwaltungsrat die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle der Bank. Er hat insbesondere folgende unübertragbare Aufgaben:

- a) die Festlegung der Organisation und die Erteilung der nötigen Weisungen;
- b) die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern dies Art und Umfang der Geschäftstätigkeit erfordern;
- c) die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen;

- d) die Aufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, auch in Bezug auf die Befolgung der Rechtsvorschriften, Statuten und Reglemente und auf die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens und
- e) die Erstellung des Geschäftsberichts und die Genehmigung des Zwischenabschlusses sowie die Vorbereitung der Generalversammlung und die Ausführung ihrer Beschlüsse.

Werden einzelne dieser Aufgaben in die Statuten aufgenommen, verlangt die FMA mittels Auflage, dass insbesondere auch Art. 23 Abs. 2 Bst. b BankG (Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung) Erwähnung findet. Die Statuten sowie das Organisations- und Geschäftsreglement sind von der Generalversammlung der Gesellschaft zu genehmigen und der FMA zur Zustimmung vorzulegen.

Einzahlung des Anfangskapitals

¹⁹ Gemäss Art. 24 Abs. 1 Bst. a BankG muss das Anfangskapital voll einbezahlt sein und beträgt bei Banken mindestens zehn Millionen Franken oder den Gegenwert in Euro oder US-Dollar. Nach Abs. 3 dieser Bestimmung setzt sich das Anfangskapital aus dem einbezahlten Kapital (mit Ausnahme kumulativer Vorzugsaktien) einschliesslich des allfälligen Emissionsagios sowie allfälligen Reserven und Gewinnvorträgen zusammen.

²⁰ Die FMA prüft die Angemessenheit des vorgesehenen Aktienkapitals, insbesondere im Licht des geplanten Geschäftskreises sowie der supponierten Risikolage. Selbst wenn sie die Angemessenheit bejaht, können zusätzliche Sicherheiten auferlegt werden. Die FMA in einer Verfügung:

« Jedoch bergen die heutige besondere Finanzmarktlage, die bestehenden hohen Markt- und Liquiditätsrisiken der aktuellen Wettbewerbssituation unter den Finanzinstituten im Allgemeinen und den Banken im Speziellen sowie die Tatsache, dass Unternehmen in der Start-Up-Phase erfahrungsgemäss auch bei normalem Geschäftsverlauf mit negativen Geschäftsergebnissen zu rechnen haben, erhebliche Risiken. Diese speziellen Umstände rechtfertigen es, insbesondere unter Berücksichtigung des zu verfolgenden aufsichtsrechtlichen Zweckes, namentlich des Schutzes der Kunden, des Systems und des Finanzplatzes, aber auch der Bank selbst, von der [X] im Sinne einer Auflage eine zusätzliche Sicherheit in Form einer unwiderruflichen, auf sie selbst lautenden und auf fünf Jahre befristeten Bankgarantie einer liechtensteinischen Bank in der Höhe von CHF 5 Millionen zu verlangen. Diese Auflage ist angesichts des Vorerwähnten verhältnismässig. »

Weitere Anforderungen

²¹ Die FMA hat Bewilligungsgesuche auf die Beachtung weiterer gesetzlicher Vorgaben zu überprüfen. Zu nennen ist beispielsweise die Zulässigkeit der Firma nach Art. 16 Abs. 4 BankG. Dabei auferlegt sie den Gesuchstellern häufig Auflagen, die bis zur Aufnahme des Geschäftsbetriebs zu erfüllen sind. Solche Auflagen haben dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu genügen.

1.2 INVESTMENTUNTERNEHMEN

1.2.1 Bewilligungspflicht

²² Gemäss Art. 1 Abs. 3 IUG sind diesem Gesetz Investmentunternehmen und deren Verwaltungsgesellschaften unterstellt, die ihr Domizil in Liechtenstein haben oder ihre Anteile in Liechtenstein oder von Liechtenstein aus öffentlich anbieten oder vertreiben. Werden durch eine Tätigkeit die Bestandteile der Legaldefinition eines Investmentunternehmens erfüllt, so darf – vorbehaltlich der Sonderregelungen für das Investmentunternehmen für qualifizierte Anleger – die bezügliche Geschäftstätigkeit ohne Bewilligung nach Art. 55 ff. IUG nicht ausgeübt werden.

²³ Ein Investmentunternehmen (Fonds) ist nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a IUG ein Vermögen, das aufgrund öffentlicher Werbung beim Publikum zum Zweck gemeinschaftlicher Kapitalanlage beschafft und für gemeinsame Rechnung der Anleger, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, nach dem Grundsatz der Risikostreuung von einer Verwaltungsgesellschaft verwaltet wird, nämlich als Anlagefonds oder Anlagegesellschaft. Um das Bestehen einer Bewilligungspflicht bejahen zu können, hat die FMA die Bestandteile der Legaldefinition des Investmentunternehmens im Einzelnen zu prüfen.

1.2.2 Öffentliche Werbung und Publikum

²⁴ Im Zusammenhang mit der Frage der öffentlichen Werbung ist abzuklären, ob das durch die Anleger aufgebrachte Vermögen durch öffentliche Werbung beim Publikum generiert werden soll.

²⁵ Gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. c IUG ist öffentliche Werbung jede Werbung, ohne Rücksicht auf die Form, soweit sie sich nicht nur an einen eng umschriebenen Kreis von Personen, insbesondere den bestehenden Kundenkreis, richtet. «Werbung» ist im IUG nicht explizit definiert. Es gibt verschiedene Definitionen von Werbung. Art. 2 Bst. a der EG-Richtlinie zu irreführender und vergleichender Werbung (2006/114/EG) definiert Werbung als «jede Äusserung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschliesslich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern». Das Anpreisen von Finanzprodukten beziehungsweise das Auffordern, sich Zugang zu Informationen über Finanzprodukte zu verschaffen, ist als Werbung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 Bst. c IUG zu qualifizieren. «Öffentlich» ist eine Werbung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. c IUG dann, wenn sie sich an Personen wendet, welche nicht einem eng umschriebenen Kreis von Personen, insbesondere dem bestehenden Kundenkreis, angehören. Öffentliche Werbung liegt in der Regel bei entsprechend gestalteten Websites vor, die für jedermann zugänglich sind.

1.2.3 Kapitalanlage

²⁶ Zweck des Investmentunternehmens ist die gemeinschaftliche Kapitalanlage durch die Anleger. In einem Entscheid hat die FMA dazu ausgeführt:

«Das IUG und die IUV enthalten keine Legaldefinition von Kapitalanlage und es besteht auch keine entsprechende liechtensteinische Rechtsprechung oder Lehrmeinung. Nach der herrschenden Schweizer Rechtsprechung wird ‹Kapitalanlage› generell als längerfristig geplante Verwendung von Geldern zur Erzielung eines Ertrages und/oder eines Wertzuwachses oder wenigstens zur Erhaltung der Substanz definiert. Das Ziel der Anlage muss finanzieller Natur sein (BGE 116 lb 79; Armin Kühne, Bewilligungspflicht gemäss Anlagefondsgesetz, 103). Die Anleger bringen das Vermögen mit der Absicht auf, es zur Erhaltung und Vermehrung zu verwenden. Ein anderes Ziel, beispielsweise die Verfolgung eines politischen, kulturellen oder ideellen Zweckes, streben die Anleger nicht an. Mit der Kapitalanlage wird nicht die Finanzierung von Unternehmen angestrebt, da die Kapitalanlage auf die Bedürfnisse der Anleger und nicht auf diejenigen der finanzierten Unternehmen ausgerichtet ist. Trotzdem ist eine Kapitalanlage stets mit der Finanzierung von Unternehmen verbunden (Armin Kühne, Bewilligungspflicht gemäss Anlagefondsgesetz, 104).»

1.2.4 Finanzinstrument im Sinne des IUG

²⁷ Des Weiteren muss die Kapitalanlage ein Finanzinstrument im Sinne des IUG sein. In einem konkreten Fall stellte sich die Frage, ob physische Edelmetalle (Goldbarren) Anlagen nach IUG sein können. Art. 42 IUG i. V. m. Art. 51 Abs. 1 Bst. c IUV enthält eine Regelung, wonach Investmentunternehmen für andere Werte auch in Edelmetalle investieren dürfen. Dabei ist zu untersuchen, ob der Begriff «Edelmetalle» auch physische Edelmetalle erfasst. Dazu enthält Art. 37 Abs. 3 IUV eine Regelung, wonach zwischen Edelmetallen und Edelmetallzertifikaten und damit zwischen Edelmetallen in physischer und in verbriefter Form unterschieden wird. Daher kann eine Anlage in physischem Gold ein Finanzinstrument im Sinne des IUG sein. Dementsprechend gibt es in der Praxis auch Investmentunternehmen, welche ausschliesslich in physisches Gold investieren, z. B. JB (CH) Physical Gold-CHF (Julius Bär) und ZKB Gold ETF (Zürcher Kantonalbank). Ihr Anlageziel besteht hauptsächlich darin, langfristig die Wertentwicklung des Goldes zu reflektieren.

1.2.5 Gemeinschaftlichkeit der Kapitalanlage und Verwaltung auf gemeinsame Rechnung

²⁸ Weiter ist zu prüfen, ob das durch die Anleger aufgebrachte Vermögen zum Zweck gemeinschaftlicher Kapitalanlage beschafft und ob das Vermögen für gemeinsame Rechnung der Anleger verwaltet wird und damit eine gemeinschaftliche Kapitalanlage vorliegt oder ob die Anleger beispielsweise von einer Anbieterin physisches Gold kaufen und damit ein reiner Edelmetallhandel und somit keine gemeinschaftliche Kapitalanlage vorliegt.

²⁹ Gemäss Art. 19 Abs. 1 IUG erwirbt der Anleger durch seine Einzahlung Forderungen gegen das Investmentunternehmen auf Beteiligung am Vermögen und am Ertrag des Investmentunternehmens. Dementsprechend erwirbt der Anleger beim Investmentunternehmen durch seine Einzahlung einen anteiligen obligationenrechtlichen Anspruch auf den Gegenwert und den Ertrag am Fondsvermögen, jedoch kein anteiliges Eigentum (auch kein Miteigentum) am Fondsvermögen. Die Verwaltung durch die Verwaltungsgesellschaft erfolgt in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung.

³⁰ Kein Anwendungsfall eines Investmentunternehmens ist der reine Edelmetallhandel. Bei reinen Edelmetallhandelsgeschäften erwirbt der Käufer aufgrund eines Kaufvertrages (Titel) und einer Eigentumsübertragung (Modus) Eigentum am physischen Edelmetall (Sache). Der Edelmetallhändler agiert in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Für den reinen Edelmetallhandel sind das Vorhandensein einer bestimmten Sache und ein faktischer Eigentumsübergang notwendig.

³¹ In dem bereits angeführten Fall war zu entscheiden, ob das Investieren in öffentlich angebotenes Gold einen (gewöhnlichen) Edelmetallkauf darstellte oder ob eine gemeinschaftliche Kapitalanlage und Verwaltung auf gemeinsame Rechnung gegeben waren. Die FMA bejahte Letzteres, insbesondere mit dem Argument, ein Kaufvertrag liege nicht vor und ein Besitzwechsel finde nicht statt, da pro Anleger kein bestimmter abgegrenzter und gekennzeichnete Goldbestand geschaffen werde. Diesen Überlegungen widersprach die FMA-Beschwerdekommision – und zwar insbesondere mit folgendem Argument:

«Dass nun das physisch vorhandene Gold nicht durch eine klare und eindeutige Kennzeichnung dem einzelnen Anleger zuordenbar ist, schadet nicht, da nach den Allgemeinen Vertragsbedingungen der Kunde das Eigentum an den Goldbarren in Form eines Miteigentums übertragen erhält. Jeder Kunde wird – entsprechend den Vertragsbedingungen – zu einem bestimmten Bruchteil Miteigentümer am gesamten Barrengoldbestand, und dieser ist genau definiert: Nämlich an jenem Barrengoldbestand, der sich in dem von der Beschwerdeführerin bei der [X AG] angemieteten Raum, und zwar im dort aufgestellten Tresor, befindet.»

Den Eigentumserwerb bejahte die Beschwerdekommision gestützt auf ein festgestelltes Besitzeskonstitut. Damit fiel in casu die angestrebte Geschäftstätigkeit nicht unter die Bestimmungen des IUG; folgerichtig bestand keine Bewilligungspflicht.

1.2.6 Weitere Voraussetzungen

³² Sofern in einem Fall die Kriterien gemäss vorstehender Ziff. 1.3.5 erfüllt werden, müssen des Weiteren noch vorliegen: Verwaltung durch eine Verwaltungsgesellschaft sowie Grundsatz der Risikostreuung.

1.3 BEWILLIGUNGSPFLICHTIGE TÄTIGKEIT ALS VERMÖGENSVERWALTUNGSGESELLSCHAFT

1.3.1 Vorgaben des VVG

³³ Am 1. Januar 2006 sind das Gesetz über die Vermögensverwaltung (VVG) sowie das entsprechende Abänderungsgesetz betreffend das Gesetz über die Treuhänder in Kraft getreten. Aus Anlass des bevorstehenden Ablaufs der ersten Übergangsfrist für Treuhänder und Treuhandgesellschaften wurde die Treuhandgesellschaft [X AG] mit Schreiben der FMA vom 4. Dezember 2006 über die erfolgten Änderungen informiert. Im betreffenden Schreiben wurde darauf hingewiesen, dass ab dem 1. Januar 2008 nur noch Unternehmen, welche über eine entsprechende Bewilligung gemäss VVG verfügen, einen Geschäftszweck führen dürfen, welcher eine Tätigkeit als Vermögensverwaltungsgesellschaft vermuten lässt und dass Treuhandgesellschaften ihre Statuten beziehungsweise ihren Geschäftszweck daher bis spätestens 31. Dezember 2007 anzupassen hätten. Anlässlich des bevorstehenden Ablaufs der zweiten Übergangsfrist informierte die FMA die [X AG] mit Schreiben vom 4. Dezember 2007 abermals über die erfolgten Änderungen und forderte sie auf, ihr bis zum 29. Februar 2008 zu bestätigen, dass sie weder Anlageberatung noch Vermögensverwaltung betreibe, welche beide bewilligungspflichtige Tätigkeiten nach Art. 3 Abs. 1 VVG darstellen. Um dies zu erleichtern, wurde dem Schreiben ein Musterantwortschreiben beigelegt, welches der FMA zusammen mit einem aktuellen Öffentlichkeitsregisterauszug hätte retourniert werden können.

³⁴ Nachdem die von der FMA angesetzte Frist unbenutzt verstrichen war, forderte die FMA die [X AG] mit Schreiben vom 9. April 2008 erneut auf, ihr einen aktuellen Öffentlichkeitsregisterauszug sowie eine dahingehende Bestätigung zu übermitteln, dass sie weder Anlageberatung noch Vermögensverwaltung ausübe, und setzte hierfür eine Frist bis 25. April 2008 an. Weiter wurde im nämlichen Schreiben auf die möglichen Folgen einer Nichtbefolgung der Aufforderung zur Herstellung des

rechtmässigen Zustandes hingewiesen, insbesondere darauf, dass die Personen, die für die Treuhandgesellschaft hätten handeln sollen, gemäss Abs. 2 der Übergangsbestimmung des Gesetzes betreffend die Abänderung des Gesetzes über die Treuhänder gegebenenfalls eine Busse von bis zu CHF 100 000 zu gewärtigen haben. Auch diese Frist verstrich unbenutzt.

³⁵ Nach einer nochmaligen erfolglosen Aufforderung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes erliess die FMA in diesem (sowie in einem gleich gelagerten, damit in Verbindung stehenden) Fall eine Bussenverfügung in Anwendung des Gesetzes betreffend die Abänderung des Gesetzes über die Treuhänder i. V. m. Art. 11 Abs. 1 des VVG. Die Busse wurde auf CHF 50 000 angesetzt.

³⁶ Zunächst befasste sich die Beschwerdekommision mit der Verfassungskonformität der Zuständigkeit der Verwaltungsstrafbehörde. Dazu der Beschluss der Beschwerdekommision:

«Die Beschwerdeführerin erachtet sich in ihren in der Landesverfassung und in der EMRK festgeschriebenen Rechten dadurch verletzt, dass die angefochtenen Verfügungen von einer Verwaltungsbehörde und nicht von einem Gericht ausgesprochen wurden. Zwar ist den Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach es sich bei der Finanzmarktaufsicht um eine weisungsgebundene Verwaltungsbehörde handle, entgegen zu halten, dass die Finanzmarktaufsicht gemäss Art. 3 FMAG in Ausübung ihrer Tätigkeit unabhängig und an keine Weisungen gebunden ist, doch kann aus dieser Unabhängigkeit und Weisungsungebundenheit allein noch nicht der Schluss gezogen werden, dass es sich bei der Finanzmarktaufsicht um ein Gericht handeln würde. Dies ist aber auch gar nicht notwendig, müssen doch Verwaltungsübertretungen weder aus verfassungsrechtlicher Sicht noch aus Sicht der Menschenrechtskonvention unabhängigen Gerichten zur Ahndung zugewiesen sein.»

³⁷ Unter Bezugnahme auf einschlägige österreichische Rechtsprechung hielt die Beschwerdekommision alsdann fest, es müsse dem Gesetzgeber unbenommen sein, ein Verwaltungsstraf- und Verwaltungsstrafverfahrensrecht zu schaffen, wobei jedoch «schwere Strafen» nur von den Gerichten und nicht von Verwaltungsbehörden verhängt werden dürften. Im vorliegenden Fall kam der FMA die Berechtigung zu, aufgrund der gegenständlichen Übergangsbestimmungen eine Busse von bis zu CHF 100 000 zu verhängen. Die Beschwerdekommision erachtete diese Bestimmung «(noch) nicht für verfassungswidrig». Im Übrigen könne die Beschwerdeführerin eine Bestrafung wegen einer Verwaltungsübertretung (letztlich) durch den VGH überprüfen lassen, «der jedenfalls ein ‹Gericht› darstellt.»

³⁸ Die Beschwerdekommision gab aber der Beschwerde im Ergebnis Folge, weil ihrer Auffassung nach die FMA bei Erlass der Bussenverfügung die vom Gesetzgeber im LVG strikt getrennten Verfahrensarten – das Verwaltungsstrafbot, das Unterwerfungsverfahren und das (ordentliche) Strafverfahren – vermischt hatte. Dies brachte Konsequenzen hinsichtlich der Anhörung der Beschwerdeführerin mit sich. Entsprechend wurde(n) die Verfügung(en) aufgehoben, und es wurde der FMA

aufgetragen, neuerlich zu entscheiden. In der Folge erliess die FMA ein «Verwaltungsstrafbot», wobei sie den Betrag der Busse in Beachtung der Vorgaben durch die Beschwerdekommision erheblich zu reduzieren hatte.

1.3.2 Gebührenpflicht

³⁹ In einem konkreten Fall erteilte die FMA einer Gesuchstellerin die Bewilligung als Vermögensverwaltungsgesellschaft. Die (leistungsbezogene) Entscheidungsgebühr wurde gestützt auf Art. 40 VVG i. V. m. Art. 30 Abs. 1 Bst. b FMAG (frühere Fassung) auf CHF 7500 festgesetzt. Dabei berücksichtigte die FMA den «mittleren Schwierigkeitsgrad» des Gesuchs.

⁴⁰ Gegen die Gebührenverfügung wurde erfolglos Beschwerde bei der FMA-Beschwerdekommision erhoben. Bezüglich der Bemessung von Gebühren hielt diese fest:

«Bei der Bemessung der Gebühren nach Art. 10a Abs. 1 FMA-GebV (frühere Fassung) im Rahmen zwischen CHF 5000.– und CHF 10 000.– hat die Finanzmarktaufsicht gemäss Art. 7 Abs. 2 FMA-GebV (frühere Fassung) die Höhe der Gebühr zum einen nach dem Schwierigkeitsgrad und dem administrativen Aufwand und zum anderen nach dem Gegenwert der Leistung festzusetzen. Einer Behörde, die in einem von einem Gesetz oder einer Verordnung gewährten Rahmen eine Gebühr festzusetzen hat, kommt dabei ein weitgehendes Ermessen zu (RIS Justiz RS0055739T2). Im Rahmen dieses von der Behörde auszuübenden pflichtgebundenen Ermessens stellt es eine praktikable und auch von der Beschwerdekommision gebilligte Vorgangsweise dar, ähnlich gelagerte Sachverhalte zu kategorisieren und diese beispielsweise – wie hier – in leichte, mittlere und schwierige Fälle einzuteilen und somit für leichte Fälle eine Gebühr in der Grössenordnung der Mindestgebühr, für mittlere Fälle eine Gebühr in der Grössenordnung des mittleren Segmentes des zur Verfügung stehenden Rahmens und für schwierige Fälle eine Gebühr im Bereich des Höchstbetrages festzusetzen.»

VERSICHERUNGSVERMITTLER

2 VERSICHERUNGSVERMITTLER

2.1 INFORMATIONS- UND BERATUNGSPFLICHTEN DER VERSICHERUNGS- VERMITTLER

⁴¹ Nach Art. 18 Abs. 1 VersVermG obliegt der FMA die Aufsicht über die Versicherungsvermittler und ihre Arbeitnehmer. Die FMA stellt durch regelmässige Kontrollen – namentlich auch Vor-Ort-Kontrollen – sicher, dass die Bewilligungsvoraussetzungen dauerhaft erfüllt sind, und sie schützt die Versicherten vor Missbräuchen. Im Berichtszeitraum hatte die FMA verschiedentlich wegen Verletzungen der Informations- und Beratungspflichten durch Versicherungsvermittler einzuschreiten.

⁴² Gemäss Art. 13 VersVermG muss der Versicherungsvermittler den Versicherungsnehmer vor dem Abschluss des ersten Versicherungsvertrages mindestens über Folgendes informieren:

- seine Identität und Adresse;
- die Bezeichnung des Registers, in das er eingetragen ist, sowie die Möglichkeit, Registereintragungen kostenlos im Internet oder gebührenpflichtig durch einen von der FMA erstellten Registerauszug zu überprüfen;
- ob er als Makler oder Agent tätig wird;
- die Beschwerdemöglichkeiten betreffend die Versicherungsvermittlung und
- allfällige wirtschaftliche Verflechtungen mit Versicherungsunternehmen.

Diesen Informationspflichten ist vollständig nachzukommen und sie sind in der in Art. 15 VersVermG festgesetzten Form einzuhalten. Die Erfüllung derselben ist der FMA bei einer Vor-Ort-Kontrolle nachzuweisen.

⁴³ Versicherungsvermittler sind sodann verpflichtet (Art. 14 Abs. 1 VersVermG), den Versicherungsnehmer vor dem Abschluss eines Versicherungsvertrages zu beraten und offen zu legen, auf welcher Grundlage diese Beratung erfolgt. Gemäss Art. 14 Abs. 2 VersVermG hat der Versicherungsvermittler, insbesondere anhand der vom Versicherungsnehmer gemachten Angaben, zumindest die Wünsche und Bedürfnisse des Versicherungsnehmers sowie die Gründe für jeden diesem zu einem bestimmten Versicherungsprodukt erteilten Rat genau anzugeben und schriftlich festzuhalten. Aus den schriftlichen Aufzeichnungen muss ersichtlich werden, dass der Versicherungsvermittler diese Pflichten erfüllt, was eine umfassende, vollständige sowie systematische Dokumentation bedingt. Fehlt diese, so fordert die FMA mittels Verfügung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes auf. Kommt der Versicherungsvermittler (beziehungsweise dessen verantwortlicher Geschäftsführer) einer solchen Aufforderung nicht oder nicht fristgerecht nach oder werden angeordnete Massnahmen nicht umgesetzt, kann die FMA gestützt auf Art. 26 Abs. 2 Bst. d VersVermG eine Busse bis zu CHF 50 000 aussprechen.

2.2 BEI DER INFORMATION UND BERATUNG EINZUHALTENDE FORM
IM BESONDEREN

⁴⁴ In Art. 15 VersVermG ist festgehalten, in welcher Form der Versicherungsvermittler dem Versicherungsnehmer die in Art. 13 und 14 VersVermG aufgelisteten Informationen mitzuteilen und in welcher Form die Beratung zu erfolgen hat. Dabei sind folgende Voraussetzungen einzuhalten:

- schriftlich auf Papier oder einem anderen, dem Versicherungsnehmer zur Verfügung stehenden und zugänglichen dauerhaften Datenträger;
- in klarer, genauer und für den Versicherungsnehmer verständlicher Sprache und Darstellung und
- in deutscher Sprache oder einer anderen mit dem Versicherungsnehmer vereinbarten Sprache.

⁴⁵ Eine mündliche Mitteilung genügt, wenn der Versicherungsnehmer dies wünscht oder wenn und soweit sich die Versicherungsvermittlung auf einen Vertrag zur vorläufigen Deckung bezieht. In diesen Fällen ist die schriftliche Mitteilung unmittelbar nach Abschluss des Versicherungsvertrages nachzuholen.

⁴⁶ Sämtliche Geschäftsunterlagen, welche die Informations- und Beratungspflichten betreffen (beispielsweise Beratungsprotokolle, Informationsblatt usw.), müssen am Sitz der Gesellschaft in Liechtenstein physisch zumindest in Kopie verfügbar sein, damit die Prüfungstätigkeit durch die FMA jederzeit und ohne Einschränkung möglich ist.

⁴⁷ In einem konkreten Fall war zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen eine Internetseite als «dauerhafter Datenträger» qualifiziert werden kann. Die FMA-Beschwerdekommision legte die Frage mittels eines Antrags auf Vorabentscheidung dem EFTA-Gerichtshof vor, da es hierbei letztlich um die Auslegung der einschlägigen EG-Richtlinie 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung geht (Art. 2 Nr. 12 der Richtlinie). In ihrem Antrag hatte die Beschwerdekommision nach dem Urteil des Gerichtshofs (vom 27. Januar 2010) insbesondere auf die folgenden Gesichtspunkte verwiesen:

- Sehen die in Artikel 2 Nummer 12 Absatz 1 der Richtlinie genannten Kriterien vor, dass nur mit einem Passwort geschützte Internetseiten als «dauerhafte Datenträger» gelten oder dass dem betroffenen Kunden ein Link zu einer bestimmten Internetseite zugeschickt werden muss?
- Ist es erforderlich, dass die entsprechende Internetseite «persönlich» an eine bestimmte Person gerichtet ist, dass etwa nur diese Person auf die Internetseite zugreifen kann?
- Muss der Kunde der Bereitstellung der Informationen per Internet ausdrücklich (schriftlich) zustimmen?
- Auf der Grundlage welcher Kriterien kann festgestellt werden, dass bestimmte Informationen über einen bestimmten Zeitraum unverändert abrufbar waren?
- Was ist ein «angemessener» Zeitraum und wie kann überprüft/nachgewiesen werden, dass die Informationen während dieses angemessenen Zeitraums unverändert abrufbar waren?

⁴⁸ Der EFTA-Gerichtshof prüfte zunächst die Zulässigkeit des Antrags der FMA-Beschwerdekommision. Nach Art. 34 des Abkommens zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs kann jedes Gericht eines EFTA-Staates Fragen hinsichtlich der Auslegung des EWR-Abkommens an den Gerichtshof richten, sofern es dies zum Erlass eines Urteils für erforderlich hält. Da das Verfahren vor der Beschwerdekommision ein Streitiges Verfahren ist, gelangte der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass die Beschwerdekommision eine rechtsprechende Funktion ausübt und ein Gericht im Sinne von Art. 34 ESA/Gerichtshof-Abkommen darstellt.

⁴⁹ Nach einlässlicher Analyse der Fragestellung erstellte der Gerichtshof in Beantwortung der ihm von der Beschwerdekommision vorgelegten Fragen folgendes Gutachten:

«1. Damit eine Internet-Website als ‚dauerhafter Datenträger‘ im Sinne von Artikel 2 Nummer 12 der Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung eingestuft werden kann, muss sie es dem Verbraucher ermöglichen, die in Artikel 12 der Richtlinie genannten Informationen zu speichern.

2. Damit eine Internet-Website als ‚dauerhafter Datenträger‘ eingestuft werden kann, muss sie es dem Verbraucher ermöglichen, die nach Artikel 12 der Richtlinie erforderlichen Informationen so zu speichern, dass diese während eines zum Zwecke der Information angemessenen Zeitraums abgerufen werden können, d. h. so lange, wie sie für den Verbraucher zur Wahrung seiner Interessen, die von seiner Beziehung zum Versicherungsvermittler herrühren, sachdienlich sind. Diese Frist kann die Zeit abdecken, während der Vertragsverhandlungen stattgefunden haben, auch wenn diese nicht den Abschluss eines Versicherungsvertrags zur Folge hatten, die Laufzeit eines abgeschlossenen Versicherungsvertrags und, soweit erforderlich, den Zeitraum nach Vertragsende.

3. Damit eine Internet-Website als ‚dauerhafter Datenträger‘ eingestuft werden kann, muss sie die unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Informationen erlauben; d. h. die Informationen müssen so gespeichert werden, dass sie nicht einseitig vom Versicherungsvermittler geändert werden können.

4. Für die Beantwortung der Frage, ob eine Internet-Website als ‚dauerhafter Datenträger‘ eingestuft werden kann, ist es unerheblich, ob der Verbraucher der Zurverfügungstellung der Informationen über das Internet ausdrücklich zugestimmt hat.»

ANDERE FINANZINTERMEDIÄRE

3 ANDERE FINANZINTERMEDIÄRE

3.1 VERLETZUNG VON SORGFALTPFLICHTEN

3.1.1 Anordnung einer ausserordentlichen Sorgfaltspflichtkontrolle

⁵⁰ Durch das Gesetz vom 11. Dezember 2008 über berufliche Sorgfaltspflichten zur Bekämpfung von Geldwäscherei, organisierter Kriminalität und Terrorismusfinanzierung (Sorgfaltspflichtgesetz; SPG) und der zugehörigen Verordnung vom 17. Februar 2009 (Sorgfaltspflichtverordnung; SPV) wurden das SPG vom 26. November 2004 (aSPG) und die zugehörige Verordnung vom 11. Januar 2005 (aSPV) am 1. März 2009 aufgehoben. Nach Art. 39 Abs. 1 SPG gelangt auf die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bestehenden Geschäftsbeziehungen das neue Recht ab Inkrafttreten mit Wirkung für die Zukunft zur Anwendung. Die Bestimmungen über die möglichen Sanktionen und das Verfahren sind sowohl unter altem als auch neuem Recht dieselben und zeitigen daher für den Sorgfaltspflichtigen grundsätzlich keine unterschiedlichen Folgen (Art. 28 ff. aSPG bzw. Art. 28 ff. SPG).

⁵¹ Unter den Geltungsbereich des neuen SPG fallen unter anderem Treuhänder und Treuhandgesellschaften mit einer Bewilligung nach dem Treuhändergesetz, soweit sie Tätigkeiten nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a, b, e oder Kontrollstellenstätigkeiten nach Bst. f oder Tätigkeiten nach Art. 7 Abs. 2 des Treuhändergesetzes ausüben (Art. 3 Abs. 1 Bst. k SPG). Die FMA kann unter anderem ausserordentliche Kontrollen durchführen oder durchführen lassen, wenn Anhaltspunkte für Zweifel über die Wahrnehmung von Sorgfaltspflichten bestehen oder Umstände vorliegen, die den Ruf des Finanzplatzes als gefährdet erscheinen lassen (Art. 28 Abs. 1 Bst. c i. V. m. Art. 25 SPG). Durch diese Ermessensvorschrift steht es der FMA unter Beachtung der Verhältnismässigkeit grundsätzlich frei zu entscheiden, in welchen Fällen eine ausserordentliche Sorgfaltspflichtkontrolle durchzuführen ist.

⁵² Laut SPG hat der Sorgfaltspflichtige unter anderem den Vertragspartner zu identifizieren, die wirtschaftlich berechnete Person festzustellen, eine risikoadäquate Überwachung der auf Dauer angelegten Geschäftsbeziehungen sicherzustellen, ein Profil zu erstellen, Abklärungen zu treffen und bei Verdachtsmomenten eine Mitteilung an die Stabsstelle FIU zu machen (Art. 5 ff. SPG). Zudem hat der Sorgfaltspflichtige die Einhaltung dieser Sorgfaltspflichten zu dokumentieren und die interne Organisation sicherzustellen (Art. 20 ff. SPG) sowie Kriterien zu ermitteln, welche auf erhöhte Risiken hinweisen, und interne Weisungen zu erlassen, wie diese Risiken einzugrenzen und zu überwachen sind (Art. 31 SPV). Insbesondere ist in den internen Weisungen hinsichtlich politisch exponierter Personen sowohl die Geschäftspolitik als auch das Risikomanagement zu deren Erkennung festzulegen (Art. 31 Abs. 2 Bst. i SPV).

⁵³ In einem Fall wurde bei einer Treuhandgesellschaft eine ordentliche Sorgfaltspflichtkontrolle nach Art. 24 aSPG durchgeführt. In ihrem Bericht brachte die beauftragte Revisionsgesellschaft umfassende Beanstandungen hinsichtlich der Einhaltung der Sorgfaltspflichten durch die Treuhandgesellschaft an. Insbesondere wurden Mängel bei der internen Organisation in Bezug auf die laufende Überwachung und die Risikoeinstufung festgestellt. Trotz schriftlicher Bestätigung durch die Revisionsgesellschaft über die Behebung der während der ordentlichen Revision festgestellten Mängel bestanden für die FMA weiterhin Anhaltspunkte für Zweifel über die Wahrnehmung von Sorgfaltspflichten. Die FMA sah sich daher veranlasst, mit Verfügung eine ausserordentliche Sorgfaltspflichtkontrolle anzuordnen (Art. 28 Abs. 1 Bst. c SPG).

⁵⁴ Gegen diese Verfügung der FMA erhob die betroffene Treuhandgesellschaft Beschwerde bei der FMA-Beschwerdekommision. Diese wies die Beschwerde als unzulässig zurück. Unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung – von Beschwerdekommision, VGH bzw. früher VBI und StGH – gelangte sie zu dem Ergebnis, dass sowohl die Anordnung einer ordentlichen als auch die Anordnung einer ausserordentlichen Sorgfaltspflichtprüfung nicht anfechtbare prozessleitende Verfügungen darstellen und somit mit einem (abgesonderten) Rechtsmittel nicht angefochten werden können. In diesem Zusammenhang wies die Beschwerdekommision darauf hin, dass der FMA vom Gesetzgeber hinsichtlich der Anordnung einer ausserordentlichen Sorgfaltspflichtkontrolle ein beträchtlicher Ermessensspielraum eingeräumt wurde.

3.1.2 Aufforderung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes

⁵⁵ In einem zu beurteilenden Fall wurde bei einer Person, die über eine Berechtigung nach Art. 180a des PGR verfügt, im Rahmen einer ausserordentlichen Sorgfaltspflichtkontrolle festgestellt, dass für mindestens 18 sorgfaltspflichtrechtlich relevante Geschäftsbeziehungen keine Sorgfaltspflichtakten vorhanden waren bzw. nicht nachgewiesen werden konnten. Mit Verfügung der FMA wurde daher dem Sorgfaltspflichtigen die Aufnahme neuer Geschäftsbeziehungen bis zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes verboten, unter Androhung von Busse im Falle der Nichtbeachtung von bis zu CHF 100 000 (Art. 28 Abs. 1 Bst. d und Art. 31 Abs. 1 Bst. b aSPG/SPG).

⁵⁶ Die in Frage stehenden Geschäftsbeziehungen wurden noch zur Zeit begründet, als das aSPG und die zugehörige aSPV in Kraft waren. Nach Art. 39 Abs. 1 SPG gelangt (wie ausgeführt) auf die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bestehenden Geschäftsbeziehungen das neue Recht ab Inkrafttreten mit Wirkung für die Zukunft zur Anwendung. Da sowohl die Begründung der Geschäftsbeziehungen als auch die Sachverhaltsfeststellungen unter altem Recht erfolgten, fand vorliegend grundsätzlich altes Recht Anwendung; was die Beachtung der Sorgfaltspflichten angeht, zumindest bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts. Nach Art. 25 Abs. 2 aSPV bzw. Art. 28 Abs. 1 SPV müssen die Sorgfaltspflichtakten derart erstellt und aufbewahrt werden, dass die gebotenen Sorgfaltspflichten jederzeit erfüllt werden können, sie fachkundigen Dritten ein zuverlässiges

Urteil über die Einhaltung der Bestimmungen des Gesetzes und der Verordnung ermöglichen und Begehren von zuständigen inländischen Behörden und Gerichten, Wirtschaftsprüfern, Revisions- und Kontrollstellen innerhalb angemessener Frist vollständig nachgekommen werden kann.

⁵⁷ Nachdem der Sorgfaltspflichtige der durch die FMA angeordneten Herstellung des rechtmässigen Zustandes nachgekommen war, hob die FMA das ausgesprochene Verbot zur Aufnahme neuer Geschäftsbeziehungen wieder auf.

⁵⁸ In einem weiteren Fall war bei zwei Trägern einer Berechtigung nach Art. 180a PGR ebenfalls über die Verletzung von Sorgfaltspflichten und die Anordnung der Herstellung des rechtmässigen Zustandes zu befinden (vgl. dazu auch FMA-Praxis 2007/08 Rz. 52 ff.). Anlässlich mehrerer durchgeführter Sorgfaltspflichtkontrollen musste festgestellt werden, dass

- die Identifizierung der Vertragspartner nicht in allen Fällen gesetzeskonform erfolgte;
- in den internen Weisungen Regeln für eine risikoadäquate Überwachung der auf Dauer angelegten Geschäftsbeziehungen und die Erkennung politisch exponierter Personen (Geschäftspolitik; PEP-Erkennung) fehlten;
- keine informatikgestützten Hilfsmittel, wie z. B. World-Check, zur Sicherstellung der Erkennung politisch exponierter Personen eingesetzt, sondern lediglich Internet-Recherchen durchgeführt wurden;
- die internen Weisungen weder dem neuen noch dem alten SPG entsprachen;
- bei einzelnen Geschäftsbeziehungen die erforderlichen Profilangaben fehlten;
- in den internen Jahresberichten die Berichte des Untersuchungsbeauftragten fehlten;
- die Transaktionsüberwachungen nicht bei allen Geschäftsbeziehungen durchgeführt und in einzelnen Fällen keine Transaktionsbelege vorhanden waren.

⁵⁹ Aufgrund der genannten Feststellungen traf die FMA im Rahmen ihrer Aufsichtskompetenz die erforderlichen Massnahmen. Sie verfügte die Herstellung des rechtmässigen Zustandes, unter Androhung von Busse im Falle der Nichtbeachtung von bis zu CHF 100 000 (Art. 28 Abs. 1 Bst. a i. V. m. Art. 31 Abs. 1 Bst. b aSPG/SPG). Einer dagegen erhobenen Beschwerde gab die Beschwerdekommision keine Folge. In rechtlicher Hinsicht führte sie aus:

«Die Finanzmarktaufsicht hat in der angefochtenen Verfügung den Beschwerdeführer [...] zu Recht aufgefordert, hinsichtlich der Sorgfaltspflichttaten den rechtmässigen Zustand herzustellen. Dazu ist die Finanzmarktaufsicht nach Art. 28 Abs. 1 lit. a SPG berechtigt. Die Aufforderung, den rechtmässigen Zustand herzustellen, stellt im Sinne des Art. 31 Abs. 1 lit. b SPG eine Voraussetzung zur Verhängung einer Busse von bis zu CHF 100 000.– im Sinne der zitierten Gesetzesstelle dar. Aus diesem Grund handelt es sich bei der gegenständlichen Verfügung um keine blosse prozessleitende Verfügung im Sinne des Art. 90 Abs. 5 LVG, gegen die kein abgesondertes Rechtsmittel zulässig wäre [...].»

3.2 EINTRAGUNG IN DIE LISTE DER LIECHTENSTEINISCHEN RECHTSANWÄLTE

⁶⁰ Ein in der Liste der niedergelassenen europäischen Rechtsanwälte eingetragener Anwalt – mit Wohn- und Kanzleisitz im benachbarten Deutschland – beantragte die Aufnahme in die liechtensteinische Rechtsanwaltsliste nach Art. 54f RAG. Zur Begründung führte er unter anderem aus, er verfüge über ein Büro in Vaduz, das innerhalb von höchstens einer Autostunde erreichbar sei; seine Gutachten- und Beratungstätigkeiten seien inhaltlich praktisch ausschliesslich dem grenzüberschreitenden Wirtschafts- und Steuerrecht zuzuordnen; die angeführten Gerichtssachen seien zusammen mit liechtensteinischen Rechtsanwälten bearbeitet worden.

⁶¹ Sowohl der Integrationsausschuss als auch die Regierung wiesen den Antrag ab. Trotz Aufhebung des früheren Art. 54h RAG, durch welche die EWR-Widrigkeit der Bestimmung beseitigt werden sollte, sei, so die Regierung, nach wie vor der Nachweis zu erbringen, dass der niedergelassene europäische Rechtsanwalt möglichst breit gefächert im liechtensteinischen Recht tätig gewesen sein müsse. Durch die Umsetzung der Richtlinie 98/5/EG sei neben den beiden bestehenden Zugangsmöglichkeiten zum Rechtsanwaltsberuf über die liechtensteinische Rechtsanwaltsprüfung und die Eignungsprüfung ein dritter Zugang geschaffen worden, nämlich der Weg über eine dreijährige regelmässige und effektive Tätigkeit als niedergelassener Rechtsanwalt. Bei den Zugängen über die Ablegung der Rechtsanwaltsprüfung oder der Eignungsprüfung werde das Wissen beziehungsweise die Kenntnis des liechtensteinischen Rechts geprüft. Bei der Zugangsmöglichkeit über eine effektive und regelmässige dreijährige Tätigkeit sei jedoch auch eine möglichst breit gefächerte Kenntnis im liechtensteinischen Recht nachzuweisen. Dieser Nachweis sei nicht erbracht worden. Der Beruf des liechtensteinischen Rechtsanwaltes beinhalte die berufsmässige Rechtsberatung und Parteienvertretung in allen gerichtlichen und aussergerichtlichen, in allen öffentlichen und privaten Angelegenheiten. Auch wenn die Voraussetzung der breiten Kenntnisse des liechtensteinischen Rechts nicht überspannt werden dürfe, so sei doch eine effektive Tätigkeit in mehreren Rechtsgebieten erforderlich. Wenn der Beschwerdeführer ausführe, der Begriff «Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht» beinhalte Verwaltungs-, Zivil- und Strafrecht, sei darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit, dass ein bestimmter Sachverhalt mehrere Rechtsgebiete streife, nicht dazu führe, dass ein derart breites Betätigungsfeld angenommen werden könne. Die Regierung erachtete sodann auch die Voraussetzung, wonach die effektive und regelmässige Tätigkeit selbständig und hauptberuflich ausgeführt werden muss, als nicht erfüllt, zumal der Anwalt im Ausland tätig und nur zu einem sehr untergeordneten Teil in Liechtenstein präsent sei.

⁶² Gegen die Entscheidung der Regierung erhob der Anwalt Vorstellung beziehungsweise Beschwerde an den VGH; diese wurde abgewiesen. Aus den Entscheidungsgründen des VGH:

«[...] Art. 54f Abs. 1 RAG bestimmt, dass ein niedergelassener europäischer Rechtsanwalt auf Antrag in die Rechtsanwaltsliste eingetragen wird, wenn er eine mindestens dreijährige effektive und regelmässige Tätigkeit im Inland auf dem Gebiet des liechtensteinischen Rechts nachweist. Art. 54f Abs. 2 RAG definiert die effektive und regelmässige Tätigkeit als die tatsächliche Ausübung des Berufs

ohne Unterbrechnung. Es wird ferner bestimmt, dass die Tätigkeit selbständig und hauptberuflich ausgeübt werden muss. Art. 54f Abs. 3 RAG präzisiert, dass Unterbrechnungen aufgrund von Ereignissen des täglichen Lebens ausser Betracht bleiben. Unterbrechnungen bis zu einer Dauer von drei Wochen sind in der Regel Unterbrechnungen des täglichen Lebens. Diese Voraussetzungen enthalten sowohl ein inhaltliches Element (effektiv) wie auch ein zeitliches Element (regelmässig).

Was das inhaltliche Element betrifft, gehen sowohl die Regierung wie auch der Integrationsausschuss in ihren Entscheidungen davon aus, dass sich ein niedergelassener Rechtsanwalt in den drei Jahren durch seine Tätigkeit in Liechtenstein breite Kenntnisse des liechtensteinischen Rechts angeeignet haben müsse. Der Verwaltungsgerichtshof ist allerdings der Ansicht, dass von einem niedergelassenen Rechtsanwalt nicht die breite Qualifikation eines liechtensteinischen Rechtsanwalts oder eines Rechtsanwalts, der die Eignungsprüfung abgelegt hat, verlangt werden kann. Dies würde der Intention der Niederlassungsrichtlinien (RL 98/5/EG) widersprechen und ist auch in deren Begründungserwägungen nicht vorgesehen. Die Vielfältigkeit der anwaltlichen Tätigkeit und die spezialisierte Tätigkeit des betroffenen Anwaltes ist hier zu berücksichtigen. Für eine vollständige Integration ist aber zu verlangen, dass die tatsächliche Ausübung des Berufs zumindest ansatzweise Erfahrungen einschliesst, die der möglichen Breite anwaltlicher Tätigkeit entsprechen und die den Schluss auf die Kenntnis rechtswahrender Prinzipien in den wichtigsten Rechtsgebieten erkennen lassen (EuZW 1998 S. 648). Zudem sind im Hinblick auf den Schutz potenzieller Mandanten Mindestkenntnisse im liechtensteinischen Prozessrecht zu verlangen [...]. Wie schon der Integrationsausschuss und die Regierung darauf hingewiesen haben, ist der in die Rechtsanwaltsliste eingetragene Anwalt verpflichtet, Pflichtverteidigungen und Verfahrenshilfemandate zu übernehmen. Auch wenn diese Mandate substituiert werden können, wie dies der Beschwerdeführer vorbringt, so kann doch nicht ausgeschlossen werden, dass ein sofortiges Tätigwerden nötig ist und keine Zeit für die Suche nach einem substituionswilligen Anwalt bleibt.

Die als zeitliches Element geforderte regelmässige Tätigkeit bezieht sich sowohl auf den Ort wie auch auf den Inhalt der Tätigkeit. Um die Eintragung in die liechtensteinische Rechtsanwaltsliste zu erreichen, muss der niedergelassene Rechtsanwalt nachweisen, dass er in den drei Jahren regelmässig in Liechtenstein anwesend war und auch regelmässig im liechtensteinischen Recht tätig geworden ist [...]. Bei der örtlichen Anwesenheitspflicht ist allerdings zu berücksichtigen, dass der niedergelassene Anwalt auch berechtigt ist, in seinem Herkunftsland seine Kanzlei weiter zu betreiben. Daher müssen bei der Beurteilung der regelmässigen Anwesenheit nicht nur Unterbrechnungen aufgrund von Ereignissen des täglichen Lebens, sondern auch berufsbedingte Unterbrechnungen ausser Betracht bleiben. Die Tätigkeit im liechtensteinischen Recht darf aber nur durch Ereignisse des täglichen Lebens, wie etwa Krankheit oder Urlaub, unterbrochen werden.

Wie festgestellt, hat der Beschwerdeführer in den relevanten drei Jahren zwar in Deutschland, nicht aber in Liechtenstein Prozesse geführt. Daher konnte er sich durch seine Tätigkeit keine Kenntnisse im liechtensteinischen Prozessrecht aneignen. Die Tätigkeit des Beschwerdeführers ist somit schon wegen der fehlenden Mindestkenntnisse im liechtensteinischen Prozessrecht als nicht effektiv zu werten, weswegen auf die übrigen Kriterien nicht weiter eingegangen werden muss.»

INTERNATIONALE AMTSHILFE

4 INTERNATIONALE AMTSHILFE

4.1 ALLGEMEINES

⁶³ Die FMA ist auch im Berichtsjahr wiederum mit mehreren Amtshilfeersuchen ausländischer Behörden befasst gewesen. Dieser Aufgabenbereich stellt daher weiterhin eine wichtige Säule der Aufsichtstätigkeit dar (vgl. dazu eingehend FMA-Praxis 2007/08 Rz. 96 ff.).

⁶⁴ Im Vordergrund steht die Amtshilfe zum Zweck der Bekämpfung von Marktmissbrauch. Die Zusammenarbeit mit den zuständigen ausländischen Behörden auf diesem Gebiet ist in den Art. 13 ff. MG geregelt. Diese spezialgesetzlichen Bestimmungen gehen im Bereich der Marktmissbrauchsbekämpfung den Amtshilferegeln anderer finanzmarktaufsichtsrechtlicher Gesetze vor.

Neben den Bestimmungen über die Zusammenarbeit mit zuständigen Behörden anderer Mitgliedstaaten hat die FMA gemäss Art. 18 MG auch den zuständigen Behörden von Drittstaaten auf deren Ersuchen alle Informationen zu übermitteln, die zur Bekämpfung des Marktmissbrauchs notwendig sind. Des Weiteren haben die beschäftigten und beauftragten Personen der zuständigen Behörde des Drittstaats einer Art. 11 MG gleichwertigen Verschwiegenheitspflicht zu unterliegen.

⁶⁵ Gemäss Gesetz vom 26. Juni 2008 über die Abänderung des Marktmissbrauchsgesetzes (MG), ausgegeben am 26. August 2008, LGBl Nr. 225, gilt dieses Gesetz für den börslichen oder ausserbörslichen Handel mit jedem Finanzinstrument, das an einem überwachten Markt gehandelt wird oder für das ein entsprechender Antrag auf Zulassung zum Handel an einem überwachten Markt gestellt wurde (vgl. Art. 2 Abs. 1 MG). Nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 9 MG sind Finanzinstrumente alle Instrumente, die an einem überwachten Markt gehandelt werden oder für die ein Antrag auf Zulassung zum Handel auf einem solchen Markt gestellt wurde. Ein überwachter Markt ist nach Art. 3 Abs. 1 Bst. m MG ein Markt, an dem Finanzinstrumente gehandelt werden und der von staatlichen Stellen überwacht wird, regelmässig stattfindet und der Öffentlichkeit direkt oder indirekt zugänglich ist.

⁶⁶ Die Bekämpfung des Marktmissbrauchs bezweckt die Sicherstellung der Integrität der Finanzmärkte und des Vertrauens der Öffentlichkeit in Finanzinstrumente (vgl. Art. 1 Abs. 1 MG). Zu diesem Zweck sind die zuständigen Behörden aufgrund der jeweiligen nationalen Marktmissbrauchsbestimmungen in der Regel zumindest mit der Erfüllung folgender Aufgaben betraut:

- die Überwachung des börslichen und ausserbörslichen Handels im Hinblick auf allfälligen Missbrauch von Insiderinformationen oder Marktmanipulation;
- die Überprüfung der Einhaltung der gesetzlichen Publizitätsvorschriften seitens der Emittenten («ad hoc»-Publizität);

- die Überprüfung der Einhaltung der Meldevorschriften für meldepflichtige Marktteilnehmer (Verdachtsmeldung);
- die Einhaltung der Meldepflichten der Mitglieder des Geschäftsleitungs- oder Aufsichtsratsorgans eines Emittenten sowie gegebenenfalls in enger Beziehung zu ihnen stehende Personen (Directors' Dealings);
- die Überprüfung der sachgerechten Erstellung und Darbietung von Finanzanalysen.

Die Anwendung dieser Bestimmungen sollen es den zuständigen Behörden ermöglichen, im Wege der grenzüberschreitenden Amtshilfe jene Informationen zu erhalten, die zur Bekämpfung des Marktmissbrauchs beziehungsweise zur Erfüllung der genannten Aufgaben notwendig sind.

4.2 GLEICHWERTIGKEIT BEHÖRDLICHER VERSCHWIEGENHEITSPFLICHTEN

⁶⁷ In einem (wiederholten) Fall war ein Amtshilfeersuchen der US-amerikanischen Securities and Exchange Commission (SEC) zu beurteilen. Diese hatte die Übermittlung diverser in Liechtenstein vorhandener Dokumente beantragt, um Auskünfte und Beweismaterial im Rahmen einer Untersuchung betreffend unrechtmässige verkaufsfördernde Aktientransaktionen («pump and dump»-Manipulation) zu erlangen.

⁶⁸ Nach eingehender Prüfung des Amtshilfeersuchens und Eingang weiterer spezifischer Informationen der SEC auf Rückfrage der FMA erliess die FMA eine Verfügung, in der ausgesprochen wurde, die von der Bank erhaltenen Daten der SEC auszufolgen. Das zu beurteilende Ersuchen stammte von der SEC, welche in den USA die zuständige Behörde im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 MG ist. Die SEC ist somit zulässige Adressatin von amtshilfeweise auszutauschenden Informationen im Sinne von Art. 18 Abs. 2 MG. Nach Art. 15 U.S.C. 78x (d) des Securities Exchange Act von 1934 i. V. m. Art. 5 U. S. C. § 552 (b) (7) FOIA (Freedom of Information Act) beziehungsweise 17 CFR 240.0–4 (Non-disclosure of information obtained in examinations and investigations) ist jede Person, die diesem Gesetz untersteht, zur Geheimhaltung in Bezug auf alle Informationen, Fakten und Aufzeichnungen, die sie aufgrund des Gesetzes, der Regulatorien oder früherer Erlasse erhalten hat oder die ihr bereitgestellt wurden, verpflichtet – ausser die Weitergabe wird von diesem Gesetz erlaubt. Die bei der SEC beschäftigten Personen unterstehen somit einer Art. 11 MG gleichwertigen Verschwiegenheitspflicht im Sinne von Art. 18 Abs. 2 Bst. b MG.

⁶⁹ Die durch die Verfügung der FMA betroffene Gesellschaft erhob gegen die Erteilung von Amtshilfe Beschwerde beim VGH. Die Beschwerdeführerin brachte im Wesentlichen vor, die Erteilung von Auskünften an die SEC sei deshalb unzulässig, weil die beschäftigten und beaufsichtigten Personen der SEC nicht einer Art. 11 MG gleichwertigen Verschwiegenheitspflicht unterlägen (Art. 18 Abs. 2 Bst. b MG). Gemäss Art. 15 US-Code 78x (d) des Securities Exchange Act bestehe diese

Verschwiegenheitspflicht nur soweit, als in Abschnitt (e) desselben Artikels keine Ausnahmen statuiert würden. Die Verschwiegenheitspflicht gelte u. a. nicht für Informationen an den Kongress. Des Weiteren besage der amerikanische Freedom of Information Act ebenso wie § 240.0-4 des Code of Federal Regulation Titel 17 Commodity and Security Exchanges, dass es für die SEC praktisch unbeschränkte Möglichkeiten gebe, gewisse Informationen als «matter of public record» zu erklären und damit öffentlich zugänglich zu machen. Dies alles ohne die in Art. 11 Abs. 2 Bst. c MG vorgesehene Einschränkung, dass nur öffentliche Bekanntmachungen rechtmässiger Massnahmen oder Sanktionen zulässig seien, soweit dies zur Beseitigung oder Verhinderung von Missständen nach dem Marktmissbrauchsgesetz geeignet und erforderlich sei. Es liege also im völligen Ermessen der SEC oder des «general counsel», ob etwas öffentlich und damit Dritten bekannt gemacht werde oder nicht. Insbesondere stehe es aufgrund von Art. 15 USC 78x (e) des Securities and Exchange Act fest, dass die SEC von im Amtshilfeweg aus dem Ausland erlangten Informationen und Unterlagen jederzeit ohne Möglichkeit eines Widerspruchs dem Kongress der Vereinigten Staaten oder einer Kommission desselben Bericht zu erstatten und Auskunft zu geben habe, was mit dem Inhalt von Art. 11 MG unvereinbar sei.

⁷⁰ Der VGH wies diese Argumentation zurück und leistete der Beschwerde keine Folge. In grundsätzlicher Hinsicht gelangte er zum Schluss, dass die Wertigkeit der Verschwiegenheitspflicht nach amerikanischem Recht mit der Wertigkeit der Verschwiegenheitspflicht nach liechtensteinischem Recht vergleichbar sei und damit Art. 11 sowie Art. 18 Abs. 2 Bst. b MG Genüge getan werde.

⁷¹ Im Einzelnen führte der VGH aus:

«Art. 18 Abs. 2 Bst. b MG bestimmt, dass die FMA den zuständigen Behörden von Drittstaaten auf deren Ersuchen Informationen übermitteln kann, wenn die beschäftigten und beauftragten Personen der zuständigen Behörde des Drittstaats einer Art. 11 gleichwertigen Verschwiegenheitspflicht unterliegen, wobei Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren vorbehalten bleiben. In Art. 11 MG wird die Verschwiegenheitspflicht dahingehend geregelt, dass die bei der FMA Beschäftigten und die von der FMA beauftragten Personen die ihnen bei ihrer Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen nicht unbefugt offenbaren oder verwerten dürfen. Kein unbefugtes Offenbaren oder Verwerten liegt vor, wenn: a) Tatsachen aufgrund einer Rechtsvorschrift an die Staatsanwaltschaft oder das Landgericht weitergeleitet werden; b) Tatsachen im Rahmen der Zusammenarbeit nach Art. 13 bis 18 an die zuständigen Stellen der Mitgliedsstaaten oder von Drittstaaten weitergegeben werden; oder c) Tatsachen im Rahmen der Art. 10 Abs. 4 öffentlich bekannt gemacht werden. Grundsätzlich besteht also nach liechtensteinischem Recht eine Verschwiegenheitspflicht der Mitarbeiter der FMA, doch wird diese teilweise durchbrochen, insbesondere durch Strafanzeigen an die Staatsanwaltschaft, Amtshilfe gegenüber dem Landgericht (insbesondere in Strafverfahren) und Amtshilfe an das Ausland. Intern, also innerhalb der FMA, gilt – selbstverständlich – keine Verschwiegenheitspflicht, muss doch die FMA ihre Aufgaben erfüllen können und hierzu auch entsprechende Massnahmen erlassen, wie der Erlass von Strafverfügungen

gemäss Art. 26 MG. Nach dem amerikanischen Recht ist jede Person, die dem Securities Exchange Act untersteht, zur Geheimhaltung in Bezug auf alle Informationen, Fakten und Aufzeichnungen, die sie aufgrund dieses Gesetzes, den Regulatorien oder früheren Erlassen erhalten hat oder die ihr bereitgestellt wurden, verpflichtet, ausser die Weitergabe werde vom Gesetz erlaubt. Dies führte die FMA schon in der angefochtenen Verfügung unter genauem Verweis auf den Securities Exchange Act und den Freedom of Information Act aus. Die SEC ist also grundsätzlich an die Vertraulichkeitspflicht gebunden. Wenn aber die Untersuchungen der SEC ergeben, dass die SEC ein Verfahren, insbesondere durch Klage, einleiten muss, können diese Informationen – so wie in Liechtenstein auch (Art. 11 Abs. 2 Bst. a MG) – in diesem Verfahren verwendet werden. Dass dies zu einer Publizität der Informationen führt, ist sicherlich ein gewisser Unterschied zum liechtensteinischen Recht. Aber auch im liechtensteinischen Recht sind etwa Strafverfahren grundsätzlich öffentlich, zumindest sind es die mündlichen Strafverhandlungen. In diesem Rahmen können auch in Liechtenstein vertrauliche Informationen publik werden. In den USA geht die Publizität von Verfahren, seien es Straf- oder Zivilverfahren, sicherlich wesentlich weiter als in Liechtenstein und generell in Europa. Aus diesem Grund hat denn der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt, dass eine solche Publizität die Amtshilfegewährung an Drittstaaten nicht beeinträchtigen soll. Er hat in Art. 18 Abs. 2 Bst. b MG ausdrücklich drittstaatliche Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren vorbehalten. Art. 18 Abs. 2 Bst. b MG bestimmt klar, dass die von der FMA an die zuständigen Behörden in Drittstaaten übermittelten Informationen nur so lange einer Verschwiegenheit unterliegen, als im Drittstaat die Verschwiegenheitspflicht nicht durch Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren durchbrochen wird. Art. 18 Abs. 2 Bst. b zweiter Satzteil MG erlaubt also nicht nur die Durchbrechung des Vertraulichkeitsgrundsatzes von übermittelten Informationen, sondern auch die Durchbrechung des Prinzips der langen Hand gemäss Art. 18 Abs. 6 MG. Der Vorbehalt von Vorschriften über die Öffentlichkeit gemäss Art. 18 Abs. 2 Bst. b MG lässt sich nämlich nicht vollumfänglich mit dem Prinzip der langen Hand vereinbaren. Anders ausgedrückt heisst dies, dass das Prinzip der langen Hand dann nicht vollumfänglich aufrecht erhalten werden kann, wenn Vorschriften im Drittstaat die Veröffentlichung von übermittelten Informationen zulassen.»

«Damit eine [globalisierte Bekämpfung von Marktmissbrauch] möglich ist, darf die Amtshilfegewährung vor allem an die amerikanische SEC, die weltweit wohl die wichtigste einzelstaatliche Aufsichtsbehörde im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten ist, nicht durch die Berufung auf das liechtensteinische Bankkundengeheimnis und die persönliche Freiheit gemäss Art. 32 LV ausgeschlossen werden. Die durch die Öffentlichkeitsvorschriften der USA bewirkte grössere Publizität von Marktmissbrauchsverfahren hat im Übrigen durchaus auch seine positiven Seiten. Durch mehr Publizität entsteht ein stärkerer ‚generalpräventiver‘ Effekt und damit eine grössere präventive Wirkung gegen Marktmissbräuche. Ausserdem trägt die Publizität von Verfahren zu einer verstärkten Objektivierung und damit zu grösserer Fairness im Verfahren bei, dies ganz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK. Zusammengefasst hält also der Verwaltungsgerichtshof die Bestimmung von Art. 18 Abs. 2 lit. b MG

als Eingriffsnorm in den von Art. 32 Abs. 1 LV geschützten Geheimbereich für verhältnismässig. Diese Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bestätigte der Staatsgerichtshof in seinen Urteilen vom 25. Juni 2009 zu StGH 2009/7, StGH 2009/8 und StGH 2009/9.»

«US-Code of Federal Regulations [CFR], Title 17 (Commodity and Securities Exchanges), § 240.0–4 (Nondisclosure of information obtained in examinations and investigations) bestimmt wiederum, dass die SEC Informationen und Unterlagen geheim halten muss (information or documents obtained by officers or employees of the Commission in the cause of any examination or investigation [...] shall [...] be deemed confidential. [...] Officers and employees are hereby prohibited from making such confidential information or documents or any other non-public records of the Commission available to anyone other than a member [...] of the Commission). Dieser Grundsatz wird aber in derselben Bestimmung durchbrochen. Es heisst, dass Informationen und Urkunden dann nicht vertraulich sind, wenn sie zu einer öffentlichen Sache erklärt wurden (... unless made a matter of public record). Weiters heisst es, dass die SEC oder der Generalanwalt die Offenlegung von Informationen und Urkunden genehmigen können, sofern dies nicht gegen die öffentlichen Interessen ist (... unless the Commission or the General Counsel [...] authorises the disclosure of such information or the production of such documents as not being contrary to the public interest).»

«Die FMA verweist in ihrer Stellungnahme vom 8. Juli 2009 [...] auf ihren im Spruch der gegenseitlich angefochtenen Verfügung angebrachten Vorbehalt. Dieser lautet im Wesentlichen:

Die Übermittlung dieser Informationen erfolgt unter der Auflage an die SEC, dass die Informationen ausschliesslich zur Bekämpfung des Marktmissbrauchs sowie in mit der Erfüllung dieser Aufgaben verbundenen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren verwendet werden dürfen. Eine Weiterleitung der übermittelten Informationen zu anderen Zwecken oder an die zuständigen Behörden anderer Staaten ist ohne vorgängige Zustimmung der FMA nicht gestattet.

Aus all dem ist ersichtlich, dass die amerikanischen und liechtensteinischen Bestimmungen über die Vertraulichkeit und Geheimhaltung von Informationen und Unterlagen nicht ident und damit nicht deckungsgleich sind. Eine solche Übereinstimmung wird aber von Art. 18 Abs. 2 Bst. b MG auch nicht verlangt. Vielmehr verlangt diese Bestimmung eine Art. 11 gleichwertige Verschwiegenheitspflicht. Dieser Grundsatz wird zudem in Art. 18 Abs. 2 Bst. b MG wie folgt weiter eingeschränkt: wobei Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren vorbehalten bleiben. Auch die Verschwiegenheitsbestimmung von Art. 11 MG, auf welche Art. 18 Abs. 2 MG verweist, kennt gewisse Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht. Darüberhinaus können andere liechtensteinische Gesetze Ausnahmen vorsehen. Eine solche weitere Ausnahme von der absoluten Verschwiegenheitspflicht enthalten die strafprozessualen Bestimmungen über die Vernehmung von Zeugen, insbesondere § 106 Ziff. 2 StPO. Auch die Bestimmungen über die Kontrolle der Staatsverwaltung durch den Landtag enthalten dem Grunde nach weitere Ausnahmen zur Verschwiegenheitspflicht.»

« Weiters ergibt sich aus den zitierten amerikanischen Bestimmungen der Grundsatz, dass die Mitarbeiter und Beschäftigten der SEC einer generellen und strikten Verschwiegenheitspflicht unterliegen. Dies zeigt, dass auch die USA das Rechtsgut der Privat- und Geheimsphäre respektieren und schützen. Daran ändert nichts, dass es zu Durchbrechungen dieses Grundsatzes kommen kann, so wie in Liechtenstein auch. Diese Durchbrechungen sind auch im amerikanischen Recht als Ausnahme vom strikten Vertraulichkeitsgrundsatz definiert und deshalb nicht beliebig und willkürlich anrufbar. Die Wertigkeit der Verschwiegenheitspflicht nach amerikanischem Recht ist also durchaus mit der Wertigkeit der Verschwiegenheitspflicht nach liechtensteinischem Recht vergleichbar. Nichts anderes verlangt Art. 18 Abs. 2 Bst. [b] MG. »

4.3 MATERIELLE PRÜFUNG DES EINEM AMTSHILFEERSUCHEN ZUGRUNDE LIEGENDEN SACHVERHALTS

⁷² In einem weiteren Fall ging es um die Leistung von Amtshilfe an die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Diese hatte der FMA mitgeteilt, dass sie aufgrund geschilderter Auffälligkeiten Untersuchungen wegen des Verdachts auf Verstoss gegen das Marktmanipulationsverbot eingeleitet habe. Nach Prüfung des Ersuchens und Feststellung, dass die BaFin die zulässige Adressatin von amtshilfeweise auszutauschenden Informationen im Sinne von Art. 16 Abs. 2 MG ist, gewährte die FMA die Amtshilfe. In ihrer Verfügung ordnete sie u. a. an:

« Die Übermittlung dieser Informationen erfolgt nach Rechtskraft dieser Verfügung unter der Auflage an die BaFin, dass die Informationen ausschliesslich zur Bekämpfung des Marktmissbrauchs sowie in mit der Erfüllung dieser Aufgabe verbundenen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren verwendet werden dürfen. »

Die übermittelten Informationen dürfen innerhalb der BaFin nur Personen zugänglich gemacht werden, die dem Amts- bzw. Berufsgeheimnis unterstellt sind. Eine Weiterleitung der übermittelten Informationen zu anderen Zwecken oder an die zuständigen Behörden anderer Staaten ist ohne vorgängige Zustimmung der FMA nicht gestattet. »

⁷³ Gegen die Verfügung der FMA erhob die betroffene Gesellschaft Beschwerde beim VGH. Dieser wies die Beschwerde ab und bestätigte die angefochtene Verfügung. Im Wesentlichen monierte die Beschwerdeführerin, die BaFin habe falsche Angaben zum Zweck der Untersuchungen gemacht und die FMA habe daran anschliessend den Sachverhalt in der Verfügung unrichtig dargestellt. Diese Vorbringen werden vom VGH nicht akzeptiert:

«Die angefochtene Verfügung ist in ihrer Gesamtheit zu sehen und zu verstehen, also auch einschliesslich des mit ‚Sachverhalt‘ überschriebenen Kapitels, in welchem der von der BaFin dargestellte Sachverhalt wiedergegeben wird. Im Übrigen ist nicht klar, was die Beschwerdeführerin mit ihrem erwähnten Vorbringen bezweckt. Jedenfalls ist auch an dieser Stelle klarzustellen, dass es nicht Aufgabe der inländischen Behörden (FMA und Verwaltungsgerichtshof) ist, materiell zu prüfen, ob ein von der ausländischen ersuchenden Behörde dargestellter Verdacht inhaltlich berechtigt ist oder nicht. Dazu gehört auch, dass die inländische Behörde nicht beurteilt, wer als Täter verdächtigt wird oder werden kann. Solche materiellen, inhaltlichen Prüfungen obliegen einzig der die Untersuchung führenden ausländischen Behörde. Das Marktmissbrauchsgesetz lässt keine inhaltliche Prüfung des Verdachteten durch die inländischen Behörden zu. Einzig in den in Art. 14 Abs. 2 MG taxativ und sehr restriktiv formulierten Fällen kann und darf die inländische Behörde die Zusammenarbeit mit der ausländischen amtshilfersuchenden Behörde ablehnen (LES 2007, 342).»

⁷⁴ Auch das von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Argument, die verfahrensgegenständlichen Informationen seien nicht im Sinne von Art. 13 Abs. 1 und Art. 16 Abs. 2 MG «erforderlich», weist der VGH zurück. Allgemein hält er dazu fest:

«Wenn die Beschwerdeführerin dem entgegenhält, die BaFin könne allfällige weitere Abverkäufe, die vom genannten Betreiber von Börseninformationsdiensten getätigt wurden, in Deutschland ermitteln, ist dem entgegenzuhalten, dass das Marktmissbrauchsgesetz die Amtshilfegewährung nicht unter die Voraussetzung stellt, dass die ausländische, amtshilfersuchende Behörde vorgängig alle möglichen und zumutbaren Ermittlungshandlungen in ihrem Land durchgeführt hat. Weiters erkennt der Verwaltungsgerichtshof nicht, dass sich die BaFin alle relevanten Informationen in Deutschland beschaffen könnte, denn der genannte Betreiber von Börseninformationsdiensten muss nicht notwendigerweise die [X] oder eine sonstige deutsche Bank benutzt haben, um seine marktmanipulativen Aktivitäten zu betreiben. Er kann sich, wie die BaFin auch ausführt, hinter weiteren juristischen Personen, die der BaFin noch nicht bekannt sind, ‚versteckt‘ haben. Es ist für eine umfassende Abklärung des bestehenden Verdachteten notwendig, das gesamte Konstrukt und System des marktmanipulativen Verhaltens abzuklären. Dazu gehört insbesondere auch die Abklärung, ob hierzu weitere Personen als der genannte Betreiber von Börseninformationsdiensten gehören, also ob der genannte Betreiber von Börseninformationsdiensten mit anderen Personen [...] zusammen arbeitete, sei dies zum ausschliesslich eigenen Vorteil oder sei dies auch zum Vorteil der insoweit weiter involvierten Personen. In diesem Sinne ist es also für die BaFin wichtig zu wissen, welche weiteren Transaktionen die Beschwerdeführerin in Aktien der [Y] in der Zeit, für die ein Marktmanipulationsverdacht besteht, ausführte und wer wiederum hinter diesen Transaktionen – als Geschäftspartner oder wirtschaftlich Berechtigter – stand.»

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

| | | | |
|----------|---|-----------|---|
| a. a. O. | am angegebenen Ort | i. S. | in Sachen |
| Abs. | Absatz | IUG | Gesetz über Investmentunternehmen |
| AG | Aktiengesellschaft | IUV | Verordnung über Investment- unternehmen |
| Art. | Artikel | | |
| AZ | Aktenzeichen | i. V. m. | in Verbindung mit |
| BaFin | Deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht | LES | Liechtensteinische Entscheidungs- sammlung |
| BankG | Gesetz über die Banken und Finanzgesellschaften | LGBl. | Liechtensteinisches Landesgesetzblatt |
| BankV | Bankenverordnung | lit. | litera |
| BGE | Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts | LV | Landesverfassung |
| BGer | Schweizerisches Bundesgericht | LVG | Gesetz über die allgemeine Landes- verwaltungspflege |
| Bst. | Buchstabe | MG | Marktmissbrauchsgesetz |
| bzw. | beziehungsweise | Nr. | Nummer |
| ca. | circa | OGH | Fürstlicher Oberster Gerichtshof |
| CHF | Schweizer Franken | PGR | Personen- und Gesellschaftsrecht |
| d. h. | das heisst | RAG | Gesetz über die Rechtsanwälte |
| EBK | Eidgenössische Bankenkommission (Schweiz) | Rz. | Randziffer |
| EFTA | Europäische Freihandelsassoziation | S. | Seite |
| EG | Europäische Gemeinschaft | SEC | US-amerikanische Securities and Exchange Commission |
| EMRK | Europäische Menschenrechts- konvention | SPG | Sorgfaltspflichtgesetz |
| E. | Erwägung | SPV | Verordnung zum Sorgfaltspflicht- gesetz |
| Erw. | Erwägungsgrad | SR | Systematische Rechtssammlung Schweiz |
| etc. | et cetera | StGH | Staatsgerichtshof |
| EU | Europäische Union | TrHG | Gesetz über die Treuhänder |
| EWK | Europäischer Wirtschaftsraum | u. a. | unter anderem(n) |
| f. | folgende | VBI | Verwaltungsbeschwerdeinstanz |
| ff. | fortfolgende | VersVermG | Versicherungsvermittlungsgesetz |
| FINMA | Eidgenössische Finanzmarktaufsicht | VGH | Verwaltungsgerichtshof |
| FMA | Finanzmarktaufsicht Liechtenstein | vgl. | vergleiche |
| FMAG | Gesetz über die Finanzmarktaufsicht | VVG | Gesetz über die Vermögens- verwaltung |
| FMA-BK | Beschwerdekommission der Finanzmarktaufsicht | z. B. | zum Beispiel |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung | Ziff. | Ziffer |

Herausgeber und Redaktion

Finanzmarktaufsicht Liechtenstein
Landstrasse 109
Postfach 279
9490 Vaduz
Liechtenstein

Telefon +423 236 73 73
Fax +423 236 73 74

info@fma-li.li
www.fma-li.li

Die FMA-Praxis 2009 ist in deutscher
Sprache auf der FMA-Webseite erhältlich.
Es erscheint keine gedruckte Version.