

Informationen der FMA zu ihrer Aufsichtstätigkeit
mit Entscheidungen und Beschlüssen

FMA-PRAXIS 2019



FMA

Finanzmarktaufsicht
Liechtenstein

4 VORWORT

6 BANKEN

- 7 Anordnung von Sanierungsmassnahmen; Erhöhung der Eigenmittel
- 8 Überschreiten der Kreditobergrenze
- 9 Einsetzung eines Beobachters
- 10 Einhaltung der Eigenmittelanforderungen auf konsolidierter Basis

12 WERTPAPIERE UND MÄRKTE

- 13 Bewertung von Vermögenswerten alternativer Investmentfonds
- 15 Zuständigkeit für Einspruch und Beschwerde gegen Entscheide der FMA

16 VERSICHERUNGEN UND VORSORGE-EINRICHTUNGEN

- 17 Governance und Kapitalausstattung eines Versicherungsunternehmens;
Untersagung des Abschlusses neuer Versicherungsverträge
- 24 Verspätete Einreichung der Berichterstattung sowie Nichteinholen der
Genehmigung durch die FMA

26 GELDWÄSCHEREIPRÄVENTION UND ANDERE FINANZINTERMEDIÄRE

- 27 Begehung von Verwaltungsübertretungen; Strafzumessung
- 32 Übernahme einer qualifizierten Organfunktion nach Art. 180a PGR;
Unterstellung unter das SPG
- 33 Kosten einer ordentlichen Sorgfaltspflichtkontrolle

36 INTERNATIONALE AMTSHILFE

- 37 Herausgabe von bei der FMA bereits vorhandenen Informationen

40 ANHANG

- 41 Stichwortverzeichnis
- 42 Abkürzungsverzeichnis

VORWORT

Vaduz, Juni 2020

Die FMA publiziert jährlich die FMA-Praxis. Die vorliegende Ausgabe gibt in anonymisierter Form Auskunft über Entscheidungen und Verfügungen der FMA sowie über Beschlüsse der FMA-Beschwerdekommision (FMA-BK), welche die Aufsichtsperiode 2019 betreffen. Die FMA kommt damit der gesetzlichen Pflicht nach, die Öffentlichkeit über ihre Aufsichtstätigkeit zu informieren.

Mit der Beschreibung ausgewählter Verfahren legt die FMA dar, wie sie Aufsichtsrecht anwendet und auslegt. Sie schafft damit Transparenz und Berechenbarkeit gegenüber den Finanzintermediären und kommuniziert ihre Erwartungshaltung, womit auch eine präventive Wirkung erzielt werden soll.

In einem Aufsichtsfall überschritt eine Bank eine Kreditobergrenze. Aus Sicht der FMA dient die Einhaltung der Grosskreditobergrenze der Begrenzung des Konzentrationsrisikos, welche notwendig ist, um den maximal möglichen Verlust auf ein Niveau zu begrenzen, das die Solvenz der Bank nicht gefährdet. Weitere beschriebene Verfahren im Bankenbereich betreffen die stete Erfüllung der Anforderungen an die Eigenmittel und die Einsetzung eines Beobachters. Alle Massnahmen dienen letztendlich dem Schutz der Kunden.

In einem Verfahren im Fondsbereich, bei dem nach Auffassung der FMA die Bewertung von Vermögenswerten nicht konform mit dem AIFMG und dem Treuhandvertrag war, wurde von der FMA-BK die Frage des Vertrauensschutzes beurteilt. Im Entscheid der FMA-BK wird festgestellt, dass aus einem bisherigen Ausbleiben einer Beanstandung seitens der FMA in einer risikobasierten Aufsicht kein Vertrauensschutz abgeleitet werden kann.

Im Versicherungsbereich untersagte die FMA einem Versicherungsunternehmen unter Entzug der aufschiebenden Wirkung den Abschluss neuer Versicherungsverträge. Der einschneidenden Massnahme zum Schutz der Versicherungsnehmer lagen schwerwiegende aufsichtsrechtliche Verstösse des Unternehmens gegen die Governance und die Kapitalausstattung zugrunde.

Wegen wiederholter und systematischer Übertretungen gegen Sorgfaltpflichtvorschriften verhängte die FMA gegen eine Treuhandgesellschaft eine Busse. Die Verfügung der FMA wurde von der FMA-BK beurteilt. Der Entscheid der FMA-BK ist für die FMA insbesondere im Hinblick auf das anstehende Moneyval-Assessment von grosser Bedeutung. Bussen sollten aus Sicht der FMA derart bemessen sein, dass sie eine abschreckende Wirkung entfalten.

Wir bedanken uns bei der FMA-BK, die uns die Wiedergabe der Beschlüsse und Urteile gestattet.



Prof. Dr. Roland Müller
Präsident des Aufsichtsrates



Mario Gassner
Vorsitzender der Geschäftsleitung

BANKEN

Anordnung von Sanierungsmassnahmen; Erhöhung der Eigenmittel

¹ Mit Verfügung (Teilentcheidung) wurde dem Verwaltungsrat einer Bank wegen Verstosses gegen Art. 24 BankG i.V.m. Art. 93 der Verordnung (EU) 575/2013 (CRR) gestützt auf Art. 33 Abs. 1 Bst. a SAG aufgetragen, die im Sanierungsplan der Bank vorgesehene Kapitalerhöhung zur Einhaltung der Mindesteigenmittelanforderungen durchzuführen. Weiters wurde die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes, nämlich die Erhöhung der Eigenmittel, nach BankG angeordnet. Diese hatte in drei Etappen zu erfolgen, wobei die Erhöhungen in zeitlicher und betragslicher Hinsicht konkret bestimmt wurden.

² Vor Erteilung der Bankbewilligung existierte die Gesuchstellerin (eine liechtensteinische AG) bereits; sie beabsichtigte, nach Erteilung der Bankbewilligung das Eigenkapital auf den verlangten Betrag zu erhöhen und die Firma sowie den Gesellschaftszweck gesetzeskonform anzupassen. Die FMA akzeptierte dieses Vorgehen, legte die Höhe des Aktien- und Anfangskapitals fest und ordnete an, dieses vor Aufnahme der Geschäftstätigkeit als Bank voll einzubezahlen.

³ In der Folge gelang es der Bank nicht, die Eigenmittelvorschriften gemäss Art. 93 CRR zu erfüllen. Sie wurde von der FMA aufgefordert, einen Zeitplan vorzulegen, aus welchem ersichtlich werde, bis wann die Bestimmungen über die Eigenmittel eingehalten würden. Dabei wurde die Möglichkeit einer gestaffelten Erhöhung der Eigenmittel vorgesehen. Da der vorgelegte Zeitplan nicht den Erwartungen der FMA entsprach, verlangte diese eine Änderung desselben.

⁴ Die anrechenbaren Eigenmittel der Bank genügten weiterhin nicht den gesetzlichen Anforderungen. Die FMA stellte daher fest, dass bei der Bank ein Frühinterventionsbedarf gemäss Art. 33 Abs. 2 SAG vorliege. Gleichzeitig sah sich die FMA veranlasst, Frühinterventionsmassnahmen anzuordnen und mit Verfügung zu der in einem Sanierungsplan (Art. 6 SAG) vorgesehenen Kapitalerhöhung zu verpflichten. Bezüglich der Aufforderung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes hielt die FMA fest:

⁵ *«Mit der vorliegenden Verfügung stellt die FMA fest, dass die Eigenmittelvorschriften nach BankG iVm. CRR durch die [Bank] verletzt sind und wird der [Bank] unter Berücksichtigung des eingereichten Zeitplans gestützt auf Art. 35 Abs. 2 Bst. c, Art. 35 Abs. 4 sowie Art. 35c Abs. 1 Bst. c BankG aufgetragen, den ordnungsgemässen Zustand wiederherzustellen, indem die Eigenmittel etappenweise bis zum [...] wieder auf CHF [...] Mio. erhöht werden. Diese Massnahme steht aufgrund der obigen Ausführungen im direkten Zusammenhang zu den identifizierten Rechtsverletzungen, entspricht dem Zweck des BankG und der CRR und steht somit im öffentlichen Interesse. Die Bestimmung nach Art. 24 BankG stellt ausserdem eine dauernd einzuhaltende Bewilligungsvoraussetzung dar, bei Nicht-Vorliegen ist die Bewilligung nach Art. 28 Abs. 1 Bst. a BankG zu entziehen. Es ist daher seitens der FMA mit der Aufforderung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu reagieren.»*

Überschreiten der Kreditobergrenze

⁶ Gemäss Art. 395 Abs. 1 CRR darf ein Institut gegenüber einem Kunden oder einer Gruppe verbundener Kunden, nach Berücksichtigung der Wirkung einer Kreditrisikominderung (nach Art. 399 ff. CRR), keine Risikoposition halten, deren Wert 25% seiner anrechenbaren Eigenmittel übersteigt. Besondere Regelungen in Bezug auf die Kreditobergrenze gelten für den Fall, dass der Kunde ein Institut ist oder er zu einer Gruppe verbundener Kunden mit einem oder mehreren Instituten gehört.

⁷ Mit Bezug auf einen bestimmten Kunden (Institut) durfte vorliegend in Einklang mit Art. 395 CRR die Risikoposition der Bank nicht über 100% der anrechenbaren Eigenmittel liegen. Diese Obergrenze musste, vorbehaltlich Art. 396 CRR, jederzeit eingehalten werden.

⁸ Aus den durch die Bank vorgelegten Unterlagen ergab sich, dass die anwendbare Grosskreditobergrenze (100% der anrechenbaren Eigenmittel) im Jahr 2018 in mehreren Zeiträumen während mehrerer Werktage überschritten worden war.

⁹ In jedem Fall, in dem die Obergrenze überschritten wird, hat ein Institut den zuständigen Behörden unverzüglich die Höhe der Überschreitung und den Namen des betroffenen Kunden zu melden (Art. 395 Abs. 5 UAbs. 2 CRR). «Unverzüglich» bedeutet «ohne Verzug» und umfasst nach Ansicht der FMA in der Regel einen maximalen Zeitraum von fünf Arbeitstagen (vgl. die Billigung dieser Rechtsauffassung

durch die FMA-BK im Entscheid 2013/9–11). Die Bank hatte die Überschreitung der Risikopositionen lediglich im Rahmen des aufsichtsrechtlichen Meldewesens quartalsmässig gemeldet. Sie versties damit gegen die besondere Meldepflicht nach Art. 395 CRR.

¹⁰ Die FMA qualifizierte die Meldepflichtverletzung als erhebliche und dauerhafte bankengesetzliche Übertretung (Art. 63b Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 i.V.m. Art. 63a Abs. 2 Ziff. 31 BankG) und verpflichtete die Bank mit Verwaltungsstrafbot zur Zahlung einer Busse in Höhe von CHF 40 000.

¹¹ Anmerkung der FMA

Aus Sicht der FMA dient die Einhaltung der Grosskreditobergrenze der Begrenzung des Konzentrationsrisikos, welche notwendig ist, um den maximalen Verlust, den eine Bank bei einem plötzlichen Ausfall einer Gegenpartei erleiden könnte, auf ein Niveau zu begrenzen, das die Solvenz der Bank nicht gefährdet. Eine Überschreitung dieser Obergrenze ist der FMA deshalb unverzüglich zu melden, weil nur dann gegebenenfalls zum Schutz der Gläubiger und der Solvenz der Bank umgehend geeignete Massnahmen ergriffen werden können.

¹² Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass die FMA die Bewilligung zu entziehen hat, wenn die Anforderungen für Grosskredite nach Art. 387 bis 403 CRR nicht eingehalten werden.

Einsetzung eines Beobachters

¹³ In einem Fall hatten die FIU, das LG sowie die FMA Ermittlungen und Untersuchungen gegen Teile des Aktionariats einer Bank sowie gegen die Bank selbst durchgeführt. Es ging um den Verdacht der Geldwäscherei. Mit zeitlich befristeter einstweiliger Verfügung untersagte die FMA die Aufnahme von Geschäftstätigkeiten, welche nicht im Businessplan der Bank beschrieben waren, sowie teilweise auch die Entgegennahme oder Weiterleitung von Geldern mit rechtlichem oder wirtschaftlichem Ursprung aus einem bestimmten Land. Ebenfalls wurde der Bank untersagt, direkten oder indirekten Eigentümern sowie diesen nahestehenden Personen Kredite, Kreditlinien und ähnliche Vorteile zu gewähren.

¹⁴ Nach Art. 35 Abs. 1 BankG überwacht die FMA die Einhaltung der Bestimmungen dieses Gesetzes und der Verordnung (EU) 575/2013 durch Banken und Wertpapierfirmen. Die FMA besitzt alle erforderlichen Befugnisse, um ihre Aufgaben zu erfüllen. Nach Art. 4 FMAG sorgt die FMA für die Gewährleistung der Stabilität des Finanzmarktes Liechtenstein, den Schutz der Kunden, die Vermeidung von Missbräuchen sowie die Umsetzung und Einhaltung anerkannter internationaler Standards. Zu den Befugnissen der FMA gehört im Besonderen nach Art. 35 Abs. 6 BankG die Kompetenz, einen Sachverständigen als ihren Beobachter in einer Bank abzuordnen, wenn die Forderungen der Gläubiger durch schwerwiegende Missstände gefährdet erscheinen. Mit dieser Aufgabe kann die FMA die bankengesetzliche Revisionsstelle betrauen. Vor Einleitung des ordentlichen Verwaltungsverfahrens oder während desselben kann gemäss Art. 48 Abs. 2 LVG zur Abwendung eines drohenden erheblichen Nachteils ein vorläufiges Verwaltungsbot erlassen werden.

¹⁵ Durch den Sachverhalt und das bisherige Verfahren sah sich die FMA zum Schutz der Forderungen namentlich von Kunden und Gläubigern veranlasst, eine Beobachterin in die Bank abzuordnen. Nach dem Verwaltungsbot (einstweilige Verfügung) hat die Beobachterin folgende Aufgaben in der Bank wahrzunehmen:

- a. *die Überwachung der Tätigkeit der leitenden Organe, insbesondere durch die Teilnahme an Sitzungen der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrats, Durchsicht der jeweiligen Protokolle und Sitzungsunterlagen und regelmässige Durchführung von Besprechungen mit Inhabern von Schlüsselfunktionen;*
- b. *die Überwachung hinsichtlich der Einhaltung und Durchführung der mit einstweiliger Verfügung der FMA [...] angeordneten Massnahmen; und*
- c. *periodische und anlassbezogene Berichterstattung der Feststellungen durch die Tätigkeit nach Bst. a und b an die FMA.»*

¹⁶ In ihrer Verfügung hielt die FMA fest:

«Die Einsetzung einer sachverständigen Beobachterin ist aufgrund der ihr an die Hand gegebenen Befugnisse geeignet, die Sicherstellung eines ordnungsgemässen Bank- bzw. Geschäftsbetriebs zu gewährleisten und die Überwachungstätigkeiten durchzuführen. Diese Massnahme ist überdies erforderlich, wäre doch die je separate Anordnung von Informationssammlung, Vor-Ort-Kontrolle sowie einzelnen Behebungsmassnahmen nicht nur zeit- und ressourcenintensiver, sondern es würde auch an der nötigen Effizienz mangeln.

[...] Naturgemäss kann aufgrund des vorliegenden Sachverhalts nicht vorher gesagt werden, wie lange die Massnahmen zum Gläubigerschutz notwendig sein werden.

Das Erfordernis einer Erweiterung, Einschränkung und Anpassung wird im Rahmen des Ermittlungsverfahrens immer wieder neu geprüft und gegebenenfalls angepasst.»

¹⁷ Einem etwaigen gegen den Entscheid der FMA eingebrachten Rechtsmittel wurde die aufschiebende Wirkung, gestützt auf Art. 116 Abs. 3 Bst. a LVG, entzogen. Dazu die FMA:

«Eine unverzügliche Durchführung gegenständlichen Verwaltungsbots ist zur Wahrung der auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen (insbesondere Gläubigerschutz, aber auch der Schutz des Finanzplatzes) geboten. Um ihre angedachte Wirkung zu entfalten, ist nämlich eine möglichst zeitnahe Durchführung der angeordneten Massnahmen erforderlich. Ein Gewähren der aufschiebenden Wirkung hätte eine nicht zu verantwortende und mit den drohenden Risiken nicht zu vereinbarende Verzögerung zur Folge, welche im äussersten Fall die Schädigung von Gläubigern einerseits und die Gefährdung der [...] Bank sowie des gesamten Finanzplatzes Liechtenstein andererseits, insbesondere in Bezug auf seine Reputation, zur Folge hätte.»

Einhaltung der Eigenmittelanforderungen auf konsolidierter Basis

¹⁸ Hält eine Bank nicht 100% der Anteile an einer Tochter-Bank, dürfen bei der Ermittlung des Betrags der Minderheitsbeteiligung, die dem konsolidierten harten Kernkapital (der Bank) zugerechnet werden kann, die Eigenmittel der Tochter-Bank nicht vollumfänglich, sondern lediglich anteilig zugerechnet werden: Art. 84 Abs. 1 CRR.

¹⁹ In einem konkreten Fall war die Berechnung der Eigenmittel einer Bank auf konsolidierter Basis ohne Berücksichtigung der Minderheitsregelung nach Art. 84 der Verordnung (EU) 575/2013, seit der Anwendung der CRR in Liechtenstein, erfolgt. Unter Anwendung der in Art. 84 Abs. 1 CRR aufgeführten Regelungen hätte die Zurechnung der Eigenmittel der Tochter-Bank zum konsolidierten harten Kernkapital nur soweit erfolgen dürfen, als von den Minderheitsbeteiligungen des betreffenden Unternehmens das Ergebnis der Multiplikation des unter Buchstabe a genannten Betrags mit dem unter Buchstabe b genannten Prozentsatz abgezogen worden wäre. Folglich resultierte ein zu hoher Ausweis der Eigenkapitalquoten auf konsolidierter Basis.

²⁰ Damit hatte die Bank bei den Meldungen über die Erfüllung der Eigenmittelanforderungen nach Art. 92 CRR an die FMA gemäss Art. 99 Abs. 1 CRR zu den Meldestichtagen unvollständige und falsche Angaben gemacht. Die FMA hielt fest:

«Aufgrund des Umstands, dass Regelungen im Zusammenhang mit der Anrechnung von Minderheitsbeteiligungen nach Art. 81 ff CRR hinlänglich bekannt sind und die korrekte Berechnung der Eigenmittel eine Kernaufgabe der Geschäftsleitung und aufgrund der

Bedeutung in der gesamtunternehmerischen Organisation auch des Verwaltungsrates ist, wären der Verwaltungsrat bzw. die Geschäftsleitung zur Sicherstellung der korrekten Rechtsanwendung verpflichtet gewesen, um unrichtige Meldungen zu verhindern. Dies erfolgte nicht bzw. nicht rechtzeitig. Aufgrund der unrichtigen Anwendung der betreffenden Bestimmungen wurden die Meldungen über die Eigenmittelanforderungen nach Art. 92 i.V.m. Art. 81 ff CRR nach Art. 63a Abs. 2 Ziff. 16 BankG über Jahre unrichtig und unvollständig übermittelt.»

²¹ Die Bank wurde von der FMA mit Verwaltungsstrafbot in Höhe von CHF 50 000 gebüsst. Zur Strafzumessung führte die FMA aus:

«Als Erschwerungsgründe sind zu berücksichtigen, dass es sich bei der Meldepflichtverletzung über die Erfüllung der Eigenmittelanforderungen nach Art. 92 i.V.m. Art. 81 ff CRR nach Art. 63a Abs. 2 Ziff. 16 BankG um eine erhebliche und dauerhafte bankengesetzliche Übertretung handelt (Art. 63b Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 BankG).

Als erheblich ist die Übertretung deshalb zu werten, da die Angemessenheit der Eigenmittel und deren genaue Berechnung wohl als der Hauptschwerpunkt der europäischen Eigenkapitalregulierung zu sehen ist. Eine unrichtige Berechnung spiegelt eine Eigenmittelquote vor, die nicht den Tatsachen entspricht. Da die [Bank X] gegenüber ihren Anspruchsgruppen ihre hohe Eigenmittelquote mitunter als Marketingargument in den Vordergrund stellt, um sich von der in- und ausländischen Konkurrenz abzuheben, wiegt eine unrichtige Berechnung daher dementsprechend schwerer. Als dauerhaft ist die Übertretung deshalb zu werten, da die unrichtige Berechnung über einen längeren Zeitraum erfolgt ist.

Als Milderungsgründe sind zu berücksichtigen, dass die [Bank X] im Bereich der Meldepflichtverletzungen mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln versucht hat, umgehend ihren bankenaufsichtsrechtlichen Pflichten nachzukommen, und zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen hat (Art. 63b Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 BankG).»

WERTPAPIERE UND MÄRKTE

Bewertung von Vermögenswerten alternativer Investmentfonds

²² Die Beschwerdeführerin in einer an die FMA-BK gerichteten Beschwerde ist eine im Handelsregister Liechtensteins eingetragene AG. Sie hatte von der FMA eine Bewilligung als Verwaltungsgesellschaft nach dem UCITSG sowie AIFMG erhalten und verwaltete diverse Fonds. Mit dem angefochtenen Verwaltungsbotschreiben stellte die FMA fest, dass das von der Beschwerdeführerin angewendete Bewertungsmodell für Darlehensforderungen nicht den Bewertungsgrundsätzen des AIFMG und des Treuhandvertrages des Fonds entspreche, und sie forderte die Beschwerdeführerin zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes auf.

²³ Der Fonds gewährte Darlehen an zwei Gesellschaften, an welchen er ebenso 100%ige Eigenkapitalbeteiligungen hielt. Die Bewertung der Darlehensforderungen erfolgte zum Nominalwert zuzüglich der kapitalisierten Zinserträge der Darlehensforderungen abzüglich allfällig erforderlicher Wertberichtigungen. Die Beschwerdeführerin führte an, dass sich der Bewertungsansatz daraus ergebe, dass die Darlehen bis zum Fälligkeitsdatum gehalten werden sollen. Zur Bestimmung der Werthaltigkeit der Darlehensforderungen hatte die Beschwerdeführerin die ausstehenden Darlehensforderungen des AIF ins Verhältnis zu den Aktiven der Darlehensnehmer gestellt.

²⁴ Die FMA stellte hierzu fest, dass die Bestimmung des Treuhandvertrages, wonach eine Bewertung zum Nominalwert – d.h. das Unterbleiben einer Bewertung zum aktuellen Marktwert – erfolgen kann, keine Anwendung findet, da die Darlehen eine Restlaufzeit von mehr wie 365 Tagen aufweisen. Stattdessen sei für diese Anlagen ein Preis zu ermitteln, der bei

einem sorgfältigen Verkauf der Anlage wahrscheinlich erzielt würde.

²⁵ Die FMA führte weiterhin aus, dass zur Ermittlung eines Verkehrswerts der Umstand, dass eine Anlage bis zur Fälligkeit gehalten wird, irrelevant sei. Vielmehr ist von einem hypothetischen Verkauf der Anlage an jedem Bewertungstag auszugehen. Eine Bewertung der Beschwerdeführerin der Fremdkapitalinstrumente zu fortgeführten Anschaffungskosten sei kein geeigneter Ansatz zur Ermittlung eines Verkehrswerts.

²⁶ Darüber hinaus musste die FMA feststellen, dass die Werthaltigkeit der Darlehen von der Beschwerdeführerin unzureichend beurteilt wurde. Im Rahmen der Darlehensverträge wurden keine Vermögenswerte der Darlehensnehmer verpfändet. Vielmehr sollte der AIF erst im Zuge eines Liquidationsverfahrens der Darlehensnehmer einen Anspruch auf deren Aktiven erhalten. Ein solches Verfahren war jedoch nicht absehbar. Darüber hinaus hat die Beschwerdeführerin in der Bewertung der Darlehensforderungen die Risiken der Darlehensnehmer vorwiegend aus deren Solvenz und Liquidität unzureichend berücksichtigt. Ebenso berücksichtigte der Bewertungsansatz der Beschwerdeführerin nicht den Zeitwert des Geldes.

²⁷ Abschliessend musste festgestellt werden, dass aus dem Bewertungsansatz der Beschwerdeführerin zum Nominalwert der Darlehen kein Verkehrswert resultierte.

²⁸ Mit der rechtzeitigen Beschwerde wurde beantragt, die angefochtene Verfügung ersatzlos aufzuheben. Hilfsweise wurde begehrt, das Verwaltungsbotschreiben der FMA durch Aufnahme einer neuen Bestimmung in den Treuhandvertrag, die Buchwertmethode betreffend, abzuändern. Der Beschwerde wurde durch die FMA-BK Folge gegeben, und das angefochtene Verwaltungsbotschreiben wurde aufgehoben.

²⁹ Die FMA-BK hatte sich zunächst mit dem Beschwerdevorbringen zu befassen, die FMA habe schon seit Jahren vom gegenständlichen Bewertungsverfahren Kenntnis gehabt und habe dieses akzeptiert. Die FMA verstosse damit gegen die Grundsätze des Vertrauensschutzes. Letzteres Prinzip, so die FMA-BK, gilt zwar unbestrittenermassen auch im öffentlichen Recht, doch sei ein Abweichen von früherer Praxis dadurch nicht ausgeschlossen. Die FMA-BK wörtlich:

«...denn ein Abweichen von bisheriger Behördenpraxis wäre dann, wenn die bisherige behördliche Vorgangsweise nicht rechtskonform gewesen wäre, mit Wirkung für künftige Zeiträume immer möglich, wenn dies bei überwiegenden öffentlichen Interessen erforderlich ist [...], hier etwa, um den vom AIFMG in seinem Art 1 Abs 2 bezweckten Schutz der Anleger bzw. die Sicherung des Vertrauens in den liechtensteinischen Fondsplatz sicherzustellen.»

³⁰ Die Beschwerdeführerin drang daher mit diesem Vorbringen nicht durch.

³¹ Nach Auffassung der FMA-BK war die Sache im Hauptpunkt noch nicht entscheidungsreif, da in concreto vor Ergehen einer Aufforderung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes die in Art. 43 Abs. 5 und 6 AIFMG beschriebene Vorgangsweise einzuhalten sei. Weil die Bewertung der Vermögensgegenstände vorliegend durch den Verwalter selbst durchgeführt worden war (Art. 43 Abs. 5 Bst. b AIFMG), hätte die FMA zunächst eine weniger einschneidende Massnahme treffen und die Bewertung durch die Überprüfung einer externen Drittperson veranlassen müssen (Art. 43 Abs. 6 AIFMG). Entsprechend wurde das Verwaltungsbots aufgehoben und die Verwaltungssache zur neuerlichen Entscheidung und Verfahrensergänzung an die Vorinstanz zurückverwiesen.

³² Anmerkung der FMA

In dem Entscheid der FMA-BK wird festgestellt, dass aus einem Ausbleiben einer Beanstandung seitens der FMA kein Vertrauensschutz abgeleitet werden kann. Es gehört zu einem risikobasierten Aufsichtsansatz, dass die FMA die Ressourcenallokation nach Risiken und Prioritäten vornimmt. Aus Sachverhalten, die zum Zeitpunkt des Bekanntwerdens nicht unmittelbar in Aufsichtsmaßnahmen der FMA münden, kann im Umkehrschluss nicht von der Tolerierung des Missstandes ausgegangen werden.

³³ Was die Verpflichtung betrifft, zunächst eine Drittperson bzw. den Wirtschaftsprüfer für die Bewertung bzw. ein Bewertungsgutachten beizuziehen, vertritt die FMA die Ansicht, dass die daraus resultierenden Kosten von der Verwaltungsgesellschaft/AIFM selbst zu tragen sind, da diese für die NAV-Berechnung und -Bewertung bereits vom Fonds vergütet wird und das Drittgutachten nicht der eigentlichen Bewertung dient, sondern eine Überprüfung der Angemessenheit des Bewertungsverfahrens bezweckt.

Zuständigkeit für Einspruch und Beschwerde gegen Entscheide der FMA

³⁴ Die FMA hatte gegen eine liechtensteinische AG und ein Organmitglied ein Verwaltungsstrafbot sowie ein Verwaltungsbot erlassen. Darin wurde gegen die Entscheidadressaten wegen Übertretungen nach Art. 31 Abs. 1 Bst. e, f und l SPG eine Busse in Höhe von CHF 25 000 verhängt, und es wurde zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes verpflichtet. Gegen diese Entscheidungen erhoben die Betroffenen Einspruch und Beschwerde an die FMA-BK.

Zu den hierbei zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen führte die FMA-BK aus:

³⁵ *«Gegen das Verwaltungsstrafbot und das Verwaltungsbot stehen unterschiedliche Rechtsmittel bzw. -behelfe offen: Während gegen das Verwaltungsstrafbot nur ein Rechtsbehelf (Einspruch) erhoben werden kann (Art 149 Abs 3 LVG), ist gegen das Verwaltungsbot gemäss Art 50 LVG der Einspruch (gerichtet an die Finanzmarktaufsicht) oder die Beschwerde (an die Beschwerdekommision) zulässig. Darauf wies die Finanzmarktaufsicht in der Rechtsmittelbelehrung der angefochtenen Entscheidung im Übrigen zutreffend hin.»*

³⁶ Der Einspruch erfolgte zunächst nicht bei der FMA. Dort langte er erst im Zuge der Aufforderung der FMA-BK zur Aktenvorlage ein, womit die Einspruchsfrist versäumt gewesen wäre. Nach ausführlicher Darlegung der Verfassungs- und Gesetzeslage hat die FMA-BK den Einspruch zufolge Unzuständigkeit der FMA-BK zurückgewiesen und der FMA zur geschäftlichen Behandlung überwiesen.

³⁷ Anmerkung der FMA

Da der Einspruch vor der Entscheidung der FMA zurückgezogen wurde, bedurfte es keiner abschliessenden Entscheidung mehr.

VERSICHERUNGEN UND VORSORGE- EINRICHTUNGEN

Governance und Kapitalausstattung eines Versicherungsunternehmens; Untersagung des Abschlusses neuer Versicherungsverträge

³⁸ In einem komplexen und sachverhaltsreichen Fall untersagte die FMA nach detaillierter fallbezogener Analyse aufsichtsrechtlicher Anforderungen einem Lebensversicherungsunternehmen (die «Gesellschaft») gestützt auf Art. 182 Abs. 5 Bst. b VersAG den Abschluss neuer Versicherungsverträge in sämtlichen Versicherungszweigen und sämtlichen Ländern. Die Verfügung, der die aufschiebende Wirkung entzogen worden ist, sollte Bestand haben, bis die Gesellschaft der FMA eine uneingeschränkte schriftliche Bestätigung der spezialgesetzlichen Revisionsstelle einreicht, wodurch

- die Gesellschaft über ein adäquates Kostenmodell verfügt;
- gruppeninterne Darlehen der Gesellschaft zurückgeführt wurden;
- die Gesellschaft eine spezifische Beteiligung an einer AG verlustfrei veräussert hat;
- das Kapital der Gesellschaft um CHF 6 Mio. erhöht wurde.

³⁹ Im Besonderen verfügte die FMA:

⁴⁰ «Der Gesellschaft wird gemäss Art. 182 Abs. 2 VersAG bis zur Einreichung sämtlicher Berichte der spezialgesetzlichen Revisionsstelle der Gesellschaft an die FMA ohne Einschränkungen, Beanstandungen oder Empfehlungen untersagt, Ausschüttungen, Auszahlungen, Gewährungen oder Rückführungen von Darlehen oder sonstige Verfügungen zu Lasten des Gesellschaftsvermögens an (i) direkte oder indirekte Aktionäre der Gesellschaft, (ii) mit der Gesellschaft oder ihren direkten oder indirek-

ten Aktionären verbundene Unternehmen, (iii) Organe der Gesellschaft oder der vorgenannten Aktionäre oder verbundenen Unternehmen oder (iv) den vorgenannten Aktionären, verbundenen Unternehmen oder Organen nahestehende Personen zu tätigen.»

⁴¹ Zur Governance

Die FMA hatte insbesondere aufgrund zahlreicher Beanstandungen zur Governance der Gesellschaft ein Verfahren zur Feststellung der Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen sowie zur Untersagung des Abschlusses neuer Versicherungsverträge bis zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes eröffnet. Gleichzeitig hat sie mit provisorischem Verwaltungsbotschaft Vermögensverschiebungen an Aktionäre, Organe oder Gruppengesellschaften der Gesellschaft oder diesen Nahestehende untersagt.

⁴² Da die Governance der Gesellschaft zahlreiche Mängel aufwies, machte die FMA, vor Anordnung konkreter Massnahmen zur Sicherstellung der Governance, allgemeine Ausführungen zu den gesetzlichen Vorgaben für dieselbe:

⁴³ «16. Rechtmässig ist der Zustand eines Versicherungsunternehmens dann, wenn es alle gesetzlichen Anforderungen erfüllt. Insbesondere hat ein Versicherungsunternehmen über eine wirksame Governance zu verfügen (Art. 30 Abs. 1 VersAG). Die wirksame Governance ist die Sicherstellung einer soliden und umsichtigen Geschäftsführung, unter Berücksichtigung aller Risiken, denen ein Versicherungsunternehmen ausgesetzt ist (Art. 30 Abs. 2 leg. cit.). Zu den Funktionen der Governance gehören das Risikomanagement, die interne Kontrolle (Compliance), die interne Revision und die versicherungsmathematische Funktion (Art. 30 Abs. 3 leg. cit.). Weiters haben Versicherungsunternehmen einen verantwortlichen Aktuar zu bestellen, der fach-

lich qualifiziert und persönlich integer sein muss, um den Anforderungen an seine Stellung zu genügen (Art. 41 Abs. 1 VersAG). Eine Funktion ist die administrative Kapazität zur Übernahme bestimmter Governanceaufgaben (Erwägungsgrund 31 zu Solvency II). Leitlinien zu den Funktionen sind schriftlich festzulegen (vgl. Art. 2 Verordnung vom 25. August 2015 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen; Versicherungsaufsichtsverordnung; VersAV).

⁴⁴ 17. Die Governance muss im Hinblick auf die Wesensart, den Umfang und die Komplexität der Tätigkeit eines Versicherungsunternehmens angemessen sein. Die Governance hat mindestens eine transparente Organisationsstruktur mit einer klaren Zuweisung und einer angemessenen Trennung der Zuständigkeiten und ein wirksames System zur Übermittlung von Informationen zu gewährleisten. Versicherungsunternehmen haben schriftlich festgelegte Leitlinien zur Governance zu erlassen und umzusetzen. Die Governance unterliegt einer regelmässigen internen Überprüfung. Die schriftlich festgelegten Leitlinien sind mindestens einmal jährlich zu überprüfen und, bei wesentlichen Änderungen der ihr zugrunde liegenden Sachverhalte, anzupassen. Die Governance bedarf der schriftlichen Zustimmung durch das zuständige Leitungsorgan. Versicherungsunternehmen haben für die Ausarbeitung und die Umsetzung der Governance geeignete, erforderliche und verhältnismässige Systeme, Ressourcen und Verfahren zur Verfügung zu stellen; sie müssen angemessene Vorkehrungen treffen, um die Kontinuität und Ordnungsmässigkeit ihrer Tätigkeiten, einschliesslich der Entwicklung und Beachtung von Notfallplänen, zu gewährleisten und bei wesentlichen Änderungen im Geschäftsbereich oder bei den Systemen die erforderlichen Massnahmen treffen zu können (Art. 31 Abs. 1 bis Abs. 5 VersAG). Die FMA hat die Governance zu prüfen und potenzielle Risiken zu beurteilen, die von den Versicherungsunternehmen festgestellt werden und die deren Solidität gefährden könnten (Art. 32 Abs. 1 bis 5 VersAG). Eine

gute Governance ist Voraussetzung für eine effiziente und solide Führung von Versicherungsunternehmen (vgl. Erwägungsgrund 93 der Delegierten Verordnung (EU) 2016/35; DelVO (EU) 2015/35).

⁴⁵ 18. Gemäss Art. 35 Abs. 1 VersAG haben Versicherungsunternehmen – als Teil der internen Organisation und Governance – über ein wirksames Risikomanagement zu verfügen, das die Strategien, Prozesse und Meldeverfahren umfasst, die erforderlich sind, um die eingegangenen oder potenziellen Risiken kontinuierlich auf Einzelbasis und aggregierter Basis sowie ihre Interdependenzen zu erkennen, zu messen, zu überwachen und zu handhaben sowie darüber Bericht zu erstatten. Das Risikomanagement muss gut in die Organisationsstruktur und die Entscheidungsprozesse des Versicherungsunternehmens integriert sein (vgl. Art. 35 Abs. 2 VersAG). Es sind (effektive) Verfahren erforderlich, um die Unternehmensrisiken kontinuierlich sowohl auf Einzelbasis als auch auf der Grundlage einer aggregierten Basis zu erkennen und zu handhaben (BuA 2015/2, 76 zu Art. 35-Risikomanagement). Ein wirksames Governance-System ist daher für das angemessene Management eines Versicherungsunternehmens unerlässlich (vgl. Erwägungsgrund 29 zu Solvency II).

⁴⁶ 19. Gemäss Art. 38 Abs. 1 VersAG haben Versicherungsunternehmen – als Teil der internen Organisation und Governance – über ein wirksames internes Kontrollsystem zu verfügen. Dieses System muss mindestens Verwaltungs- und Rechnungslegungsverfahren, einen internen Kontrollrahmen, angemessene Melderegungen auf allen Unternehmensebenen sowie eine Funktion der Überwachung der Einhaltung rechtlicher und unternehmerischer Anforderungen umfassen. Zur Funktion nach Abs. 1 zählen auch die Information und Beratung der Leitungsorgane hinsichtlich der Einhaltung des Versicherungsrechts. Sie umfasst ebenfalls eine Beurteilung der möglichen Auswirkung von Änderungen des Rechtsumfelds auf die Tätigkeit des betreffenden Un-

ternehmens sowie die Identifizierung und Beurteilung des Risikos der Nichteinhaltung rechtlicher Vorgaben (Art. 2 VersAG).

⁴⁷ 20. Darüber hinaus haben Versicherungsunternehmen – als Teil der internen Organisation und Governance – über eine wirksame interne Prüfungsfunktion (interne Revision) zu verfügen. Die interne Revision hat zu bewerten, ob das interne Kontrollsystem («Compliance») und andere Bestandteile der Governance angemessen und wirksam sind. Die interne Revision muss objektiv und von anderen operativen Tätigkeiten unabhängig sein. Alle Erkenntnisse und Empfehlungen der internen Revision sind den Leitungsorganen zur Kenntnis zu bringen. Die Leitungsorgane haben zu entscheiden, welche Massnahmen in Bezug auf die einzelnen Ergebnisse und Empfehlungen der internen Revision zu treffen sind, und die Durchführung dieser Massnahmen sicherzustellen (Art. 39 VersAG).

⁴⁸ 21. Die versicherungsmathematische Funktion – als Teil der internen Organisation und Governance – eines Versicherungsunternehmens hat u.a. die Aufgabe, die ausreichende Quantität und Qualität der Daten, die der Berechnung der versicherungstechnischen Rückstellungen zugrunde gelegt werden, zu bewerten sowie die Leitungsorgane über die Verlässlichkeit und Angemessenheit der Berechnung der versicherungstechnischen Rückstellungen zu unterrichten (vgl. Art. 40 Abs. 1 Bst. c und Bst. e VersAG).

⁴⁹ 22. Der verantwortliche Aktuar – als Teil der internen Organisation und Governance – hat gemäss Art. 41 Abs. 2 Bst. a VersAG sicherzustellen, dass bei der Berechnung der Prämien und der Deckungsrückstellungen die dafür geltenden Vorschriften und versicherungsmathematischen Grundsätze beachtet werden. Dabei muss er die Finanzlage des Versicherungsunternehmens vor allem daraufhin überprüfen, ob die dauernde Erfüllbarkeit der sich aus den Versicherungs- und

Rückversicherungsverträgen ergebenden Verpflichtungen jederzeit gewährleistet ist und das Unternehmen über ausreichende Mittel in Höhe von mindestens der Solvenzkapitalanforderung verfügt.

⁵⁰ 23. Die vorausgezählte Organisation und die genannten Funktionen sind Teil der Bewilligungsanforderungen an Versicherungsunternehmen (vgl. Art. 12 VersAG). Änderungen der Bewilligungsanforderungen sind gem. Art. 19 VersAG entweder vorgängig genehmigungspflichtig oder gem. Art. 20 VersAG meldepflichtig.»

⁵¹ Trotz verschiedener Schritte, die die Gesellschaft unternommen hatte, musste die FMA feststellen, dass die Governance nicht gesetzeskonform war. Dieser Umstand war vor allem auf die ausserordentliche Fluktuation im gesamten System der Governance – interne Organisation, Schlüsselfunktionen – zurückzuführen. Was einzelne Wechsel und Neubesetzungen in den Zuständigkeiten betraf, verordnete die FMA ein fallnahes und akribisches Monitoring der jeweiligen Verfahren. Dieses betraf namentlich folgende Aktionen:

- Antrag auf Ausgliederung der Risikomanagementfunktion; Beachtung vor allem der «Fit und Proper»-Anforderungen;
- Antrag auf Genehmigung von Neubestellungen von Leitungsorganen und Geschäftsleitungsmitgliedern;
- Antrag auf Ausgliederung der internen Revisionsfunktion und weiterer Aufgabenbereiche;
- Antrag auf Neubesetzung der internen Kontrollfunktion.

⁵² Kostenmodell unter Solvency II

Im Weiteren ergaben sich erhebliche Zweifel mit Bezug auf die finanzielle Situation der Gesellschaft.

Auch konnte die spezialgesetzliche Revisionsstelle die Unternehmensfortführung («Going Concern») im Rahmen der Jahresberichterstattung 2017 erst mit sechs Monaten Verspätung bestätigen.

Bevor die FMA die gesetzlichen Solvenzkapitalanforderungen an die Gesellschaft überprüfte, erläuterte sie diese wiederum vorweg in genereller Hinsicht:

⁵³ «41. Wie oben bereits festgehalten ist ein rechtmässiger Zustand eines Versicherungsunternehmens dann gegeben, wenn es alle gesetzlichen Anforderungen erfüllt. Insbesondere hat ein Versicherungsunternehmen laufend versicherungstechnische Rückstellungen für seine sämtlichen Versicherungs- und Rückversicherungsverpflichtungen gegenüber den Versicherungsnehmern und Anspruchsberechtigten von Versicherungs- und Rückversicherungsverträgen zu bilden, wobei diese Rückstellungen auf vorsichtige, verlässliche und objektive Art und Weise berechnet werden müssen (vgl. Art. 75 Abs. 1 und 2 VersAG). Dementsprechend sind in der Solvabilitätsbilanz bei der Berechnung der versicherungstechnischen Rückstellung sämtliche bei der Abwicklung der Versicherungs- und Rückversicherungsverpflichtungen anfallenden Aufwendungen zu berücksichtigen (Art. 76 Abs. 2 Bst. a VersAG).

⁵⁴ 42. In der Solvabilitätsbilanz muss der Wert der versicherungstechnischen Rückstellungen dem aktuellen Betrag entsprechen, den Versicherungsunternehmen zahlen müssten, wenn sie ihre Versicherungs- und Rückversicherungsverpflichtungen unverzüglich an ein anderes Versicherungsunternehmen übertragen würden. In der Solvabilitätsbilanz hat die Berechnung der versicherungstechnischen Rückstellungen unter Berücksichtigung der von den Finanzmärkten bereitgestellten Informationen sowie allgemein verfügbarer Daten über Versicherungsrisiken zu erfolgen; sie muss mit diesen konsistent sein (Marktkonsistenz; vgl. Art. 75 Abs. 3 und 4 VersAG).

⁵⁵ 43. Um zu gewährleisten, dass die Bewertung der versicherungstechnischen Rückstellungen in Einklang mit Art. 76 bis 85 Solvabilität II erfolgt, sollte das Governance-System der Versicherungsunternehmen auch ein Verfahren für die Validierung der Berechnung der versicherungstechnischen Rückstellungen beinhalten (Erwägungsgrund 98 DelVO (EU) 2015/35).

⁵⁶ 44. Die FMA überwacht die Einhaltung der Anforderungen an die finanzielle Ausstattung durch die Versicherungsunternehmen (Art. 69 Abs. 1 VersAG). In diesem Sinne haben Versicherungsunternehmen auf Verlangen der FMA die Angemessenheit der Höhe ihrer versicherungstechnischen Rückstellungen sowie die Eignung und die Relevanz der verwendeten Methoden und die Adäquanz der verwendeten statistischen Basisdaten nachzuweisen (Art. 79 Abs. 1 VersAG).

⁵⁷ 45. Versicherungsunternehmen müssen gegenüber der FMA als laufende Bewilligungsanforderung auch nachweisen, dass anrechnungsfähige Basiseigenmittel vorhanden sind, um die absolute Untergrenze der Mindestkapitalanforderung abzudecken (vgl. Art. 12 Abs. 2 Bst. e VersAG), dass das Unternehmen in der Lage sein wird, die anrechnungsfähigen Eigenmittel zu halten, um die Solvenzkapitalanforderung zu erfüllen (vgl. Bst. f leg. cit.) und dass das Unternehmen in der Lage sein wird, die anrechnungsfähigen Basiseigenmittel zu halten, um die Mindestkapitalanforderung zu erfüllen (vgl. Bst. g leg. cit.).

⁵⁸ 46. Die Mindestkapitalanforderung darf nicht weniger als 25% und nicht mehr als 45% der nach Art. 42 VersAG vorgeschriebenen Solvenzkapitalanforderung, einschliesslich angeordneter Kapitalaufschläge, betragen. Die Mindestkapitalanforderung darf bei Lebensversicherungsunternehmen unter Einschluss firmeneigener Direktversicherungsunternehmen EUR 3 700 000 oder den Gegenwert in Schweizer Franken nicht unterschreiten (vgl. Art. 51 Abs. 2 VersAG). Da dieser fixe Betrag

gemäss Art. 51 Abs. 2 VersAG bei der Gesellschaft in der Vergangenheit immer deutlich höher war als die Mindestkapitalanforderung basierend auf den vorgenannten Prozentsätzen, musste bis dato die Anwendung von Art. 53 ff. VersAG nicht durchgesetzt werden.

⁵⁹ 47. Versicherungsunternehmen sind nach den Prinzipien von Solvency II bzw. dem VersAG gefordert, ihre Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten marktwertnah anzusetzen. Ein wesentliches zu erfüllendes Kriterium ist dabei der Ausweis einer ausreichenden Kapitalisierung (vgl. Art. 42 Abs. 1 VersAG). Diese Kapitalisierung wird in Form einer Kapitalausstattungsquote, der so genannten Solvency Capital Requirement (SCR)-Quote gemessen. Die SCR-Quote ist das Verhältnis aus anrechenbaren Eigenmitteln zur Solvenzkapitalanforderung.

⁶⁰ 48. Die Solvenzkapitalanforderung ergibt sich aus dem Basissolvenzkapital, welches additiv um das Solvenzkapital für Operationale Risiken erweitert wird. Das Basissolvenzkapital in der Lebensversicherung ergibt sich aus den einzelnen Solvenzkapitalien der Risikoklassen Marktrisiko, Gegenparteiausfallrisiko (d.h. Kreditrisiko), Lebensversicherungstechnisches Risiko und mit immateriellen Vermögenswerten verbundenes Risiko (vgl. Art. 42 Abs. 5 VersAG). Innerhalb des Lebensversicherungstechnischen Risikos gibt es folgende Unterrisikomodule (Art. 15 VersAV):

- Sterblichkeitsrisiko;
- Langlebigkeitsrisiko;
- Invaliditäts-/Morbiditätsrisiko;
- Lebensversicherungskostenrisiko;
- Revisionsrisiko;
- Stornorisiko;
- Lebensversicherungskatastrophenrisiko.

⁶¹ 49. In den Solvency II-Berechnungen wird zur Bestimmung der Solvenzkapitalanforderung jedes Unterrisikomodule einem Stresstest unterzogen. Die Auslenkung des jeweiligen Stresses ist gekoppelt an der Eintrittswahrscheinlichkeit von 1 zu 200, welches die Vorgabe für die szenarienbasierte Berechnung der Kapitalanforderung unter Solvency II ist (vgl. Art. 42 Abs. 4 VersAG).

⁶² 50. Die anschliessende Aggregation aller Unterrisikomodule führt in Summe zum Basissolvenzkapital, wobei risikomindernde Diversifikationseffekte zur Anwendung kommen. Die additive Erweiterung um das Solvenzkapital für Operationale Risiken führt letztendlich zur Solvenzkapitalanforderung, welches in der Folge mindestens zu 100% durch die anrechenbaren Eigenmittel gedeckt sein muss.

⁶³ 51. Die Wahl des Kostenmodells beeinflusst den Umfang des Stresses auf das Unterrisikomodule Lebensversicherungskostenrisiko (vgl. Anhang 3 Abs. 3 zum VersAG). Somit ist die explizite Abhängigkeit des SCR zum Kostenmodell gegeben. Grundgedanke der Solvency II-Bilanz ist eine marktnahe Bewertung aller Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten (vgl. Art. 74 bis Art. 81 VersAG). Dabei ist bei den Vermögenswerten im Allgemeinen ein Marktwert vorhanden, da die Vermögenswerte am Markt gehandelt werden. Jedoch liegen insbesondere für die versicherungstechnischen Verbindlichkeiten keine Marktwerte vor, daher werden zur Bestimmung dieses Wertes anerkannte versicherungsmathematische Methoden angewendet, um einen Besten Schätzwert der Verpflichtungen und auch die Risikomarge zu ermitteln. Folgende vereinfachte Grafik veranschaulicht die Solvency II-Bilanz:



⁶⁴ 52. Die anrechenbaren Eigenmittel ergeben sich in dieser vereinfachten Grafik aus der Differenz zwischen Marktwerte der Vermögenswerte abzüglich den Besten Schätzwert der Verpflichtungen und der Risikomarge.

⁶⁵ 53. Als Bester Schätzwert der Verpflichtungen wird der unter Anwendung realistischer Annahmen berechnete Barwert der zukünftigen Zahlungsströme bezeichnet. Dabei sind alle erwarteten Entwicklungen in die Projektion miteinzubeziehen. Dazu gehören neben wirtschaftlichen und medizinischen auch soziale, demografische und andere relevante Veränderungen. Weiterhin sind implizite Optionen und Garantien zu berücksichtigen. Die Diskontierung der Zahlungsströme basiert auf den Zinssätzen der risikolosen Zinsstrukturkurve.

⁶⁶ 54. Zur marktkonsistenten Bewertung der versicherungstechnischen Rückstellungen wird von der Gesellschaft ein Cashflow-Modell angewandt.

⁶⁷ 55. Die Grundlage für die Bestimmung der passivseitigen Bilanzgrößen ist eine Projektion des vorliegenden Versicherungsbestandes. Dabei ist von bestmöglichen

Schätzwerten für Rechnungsgrundlagen auszugehen, wie z.B. für Biometrie, Storno, Kosten und Zins.

⁶⁸ 56. Der Beste Schätzwert der Verpflichtungen kann aus dem Zahlungsstrom (CF) aller zukünftigen ($t = \text{Jahr 1, Jahr 2, Jahr 3, etc.}$) Leistungen abgeleitet werden. Dieser setzt sich zusammen aus den Bruttobeiträgen (BP) abzüglich der Versicherungsleistungen (L) und der Kosten (K), die dem Bestand zuzurechnen sind: $CF(t) = BP(t) - L(t) - K(t)$.

⁶⁹ 57. Der Beste Schätzwert der Verpflichtungen ist damit die diskontierte Summe aller negativen $CF(t)$, also: $SUMME -CF(t) = -SUMME BP(t) + SUMME L(t) + SUMME K(t)$, wobei $t = \text{Jahr 1, Jahr 2, Jahr 3, etc.}$

⁷⁰ 58. In dieser Berechnung des Besten Schätzwerts enthalten ist somit der Zahlungsstrom $K(t)$ an Verwaltungskosten. Eine Korrektur von $K(t)$ zu höheren Werten hat zur Folge, dass der Beste Schätzwert der Verpflichtungen ansteigt. Die explizite Abhängigkeit des Besten Schätzwertes der Verpflichtungen zum Kostenmodell ist damit gegeben.

⁷¹ 59. Wie bereits beschrieben, umfassen die versicherungstechnischen Rückstellungen neben dem Besten Schätzwert der Verpflichtungen auch eine Risikomarge. Diese ist als Zuschlag für nicht hedgebare bzw. absicherbare Risiken zu interpretieren. Die Berechnung der Risikomarge erfolgt im Standardansatz über einen Cost-of-Capital (CoC) Ansatz.

⁷² 60. Motiviert wird der CoC-Ansatz dadurch, dass unter der Annahme einer Fortführung der Geschäftstätigkeit («going concern principle») der Versicherer auch zukünftig gewisse Solvenzanforderungen sowohl von aufsichtsrechtlicher als auch ökonomischer Seite erfüllen muss, um weiterhin Geschäft zu zeichnen. Mit der Notwendigkeit, genug Kapital zur Abdeckung der Solvenzkapitalanforderung für dieses Geschäft vorzuhalten,

sind allerdings auch Kosten verbunden. Der durch die Regulierung vorgegebene Kapitalhaltungskostensatz liegt bei 6% (Art. 39 DelVO (EU) 2015/35).

⁷³ 61. Die Berechnung der Risikomarge gliedert sich in die folgenden Schritte:

- Projektion der zukünftigen Solvenzkapitalanforderungen für jedes einzelne Jahr t und jede Line of Business, also Geschäftssparte, bis zum Auslaufen des Bestandes.
- Bestimmung der Solvabilitätskosten für das Bereitstellen der zukünftigen Solvenzkapitalanforderung über Multiplikation mit dem Kapitalhaltungskostensatz von 6%.
- Diskontierung der zukünftigen Solvabilitätskosten mit der risikolosen Zinsstrukturkurve.

⁷⁴ 62. Diese Berechnung hat pro Line of Business nach Rückversicherung zu erfolgen. Neben den versicherungstechnischen Risiken sind auch unvermeidbare Marktrisiken, das Ausfallrisiko gegenüber Rückversicherern sowie das operationelle Risiko in die Kalkulation einzubeziehen.

⁷⁵ 63. Die Berechnung der zukünftigen Solvenzkapitalanforderungen aus Versicherungstechnik und Ausfallrisiko nach Standardansatz gestaltet sich als sehr komplex. Ein von EIOPA vorgeschlagenes vereinfachtes Verfahren sieht daher vor, die Projektion der zukünftigen Solvenzkapitalanforderungen an die Abwicklung sachgerechter Bestandsgrößen zu koppeln (Art. 37 Abs. 1 DelVO (EU) 2015/35, bzw. Leitlinien 61 und 62 der EIOPA-Leitlinien zur Bewertung von versicherungstechnischen Rückstellungen (EIOPA-BoS-14/166)).

⁷⁶ 64. Wie oben beschrieben ist das Unterrisikomodul Lebensversicherungskostenrisiko in der Berechnung der Solvenzkapitalanforderung enthalten und abhängig von der Wahl des Kostenmodelles. Somit ist die explizite Abhängigkeit der Risikomarge zum Kostenmodell dargelegt.

⁷⁷ 65. Zusammengefasst hat die Anwendung eines realistischen Kostenmodells Auswirkungen auf folgende Werte:

- Bester Schätzwert der Verpflichtungen;
- Solvenzkapitalanforderung;
- Risikomarge;
- Anrechenbare Eigenmittel; und
- SCR Quote.»

⁷⁸ Die FMA beurteilte im Folgenden die Berechnung der Mittel und des Zahlungsstroms für Verwaltungsaufwendungen als ungenügend. Ebenso wurde von der Gesellschaft ein zu optimistisches Geschäftswachstum angenommen. Des Weiteren konnte aus dem Potenzial von Finanzierungsrückversicherungsverträgen nicht auf eine gesicherte Realisierbarkeit des budgetierten Neugeschäfts geschlossen werden. Insgesamt mussten durch die FMA eine angemessene Ausstattung der Solvenzkapitalanforderung und die Angemessenheit des Kostenmodells verneint werden.

⁷⁹ Die FMA gelangte zum Ergebnis, dass der Gesellschaft bis zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes der Abschluss neuer Versicherungsverträge zu untersagen war. Dazu führte die FMA aus:

«107. Die Untersagung dient zum einen dem Schutz der bestehenden Versicherungsnehmer vor einer weiteren Belastung der bereits jetzt unzureichenden Kapitalausstattung durch das Eingehen neuer Verbindlichkeiten. Zum anderen schützt diese Massnahme potentielle künftige Versicherungsnehmer davor, mit einem Versicherungsunternehmen zu kontrahieren, das die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt.»

Verspätete Einreichung der Berichterstattung sowie Nicht-einholen der Genehmigung durch die FMA

⁸⁰ Mit Verfügung büsste die FMA sämtliche Geschäftsleitungsmitglieder eines Versicherungsunternehmens wegen Verstössen gegen aufsichtsrechtliche Pflichten.

⁸¹ Den Geschäftsleitungsmitgliedern wurde vorgeworfen,

- die statutarische Berichterstattung für das dritte Quartal 2018 zu spät eingereicht zu haben (Art. 257 Abs. 3 Bst. d VersAG);
- die Meldung der für die interne Kontrolle («Compliance») verantwortlichen Person nicht gemeldet zu haben (Art. 257 Abs. 3 Bst. a VersAG); und
- die Genehmigung der FMA im Hinblick auf die Demission eines Verwaltungsrates nicht eingeholt zu haben (Art. 257 Abs. 3 Bst. g VersAG).

⁸² Im vorliegenden Fall wurde die Berichterstattung trotz mehrmaliger Aufforderung der FMA erst über zwei Monate nach Fälligkeit an die FMA übermittelt. Dazu führte die FMA in ihrer Verfügung aus:

⁸³ *«Die rechtzeitige Übermittlung der Berichterstattung stellt eine wesentliche Verpflichtung für Versicherungsunternehmen dar. Die Berichterstattung verfolgt einerseits den Zweck der Information, ist aber andererseits auch für den Beginn verschiedener Fristen ausschlaggebend. Beispielsweise läuft nach Art. 83 VersAG die zweimonatige Frist zur Vorlage eines Sanierungsplans ab Feststellung der Nichtbedeckung der Solvenzkapitalanforderungen. Durch die Ausarbeitung und Übermittlung der Berichterstattung kann die Nichtbedeckung der Solvenzkapitalanforderungen in regelmässigen Abständen geprüft werden, um sowohl dem Versicherungs-*

unternehmen als auch der FMA frühzeitig die Möglichkeit zu geben, Massnahmen einzuleiten.

⁸⁴ *[...] Die Priorisierung verschiedener Aufgaben kann zwar von einem Versicherungsunternehmen selbständig vorgenommen werden. Die Einhaltung gesetzlicher Verpflichtungen, insbesondere gesetzlicher Fristen, ist jedoch in jedem Fall vorrangig. Die Organisation eines Versicherungsunternehmens muss so ausgestaltet sein, dass es auch seinen rechtlichen Verpflichtungen zu jeder Zeit rechtzeitig nachkommen kann. Krankheitsbedingte Ausfälle, mögen sie auch länger anhalten, müssen entsprechend einkalkuliert werden. Die Organisation muss auch so ausgestaltet sein, dass das Versicherungsunternehmen nachvollziehen kann, ob eine Quartalsmeldung an die FMA übermittelt wurde oder nicht; dies auch dann, wenn das von der FMA vorgesehene System eine Meldung als abgeschlossen kennzeichnet. Insbesondere, wenn die Berichterstattung mehrmals von der FMA urgiert wird, muss den handelnden Personen bewusst sein, dass die Berichterstattung noch nicht an die FMA übermittelt wurde.»*

⁸⁵ Des Weiteren hatte das Versicherungsunternehmen der FMA die Wiederbesetzung der Schlüsselfunktion Interne Kontrolle («Compliance») verspätet und mit zunächst unvollständigen Unterlagen gemeldet. Dazu die FMA:

⁸⁶ *«Gemäss Art. 30 Abs. 1 VersAG haben Versicherungsunternehmen über eine wirksame Governance zu verfügen. Zu den Funktionen der Governance gehört namentlich u.a. gemäss Art. 30 Abs. 3 Bst. b VersAG auch die interne Kontrolle («Compliance»). Gemäss Art. 12 Abs. 2 Bst. i VersAG hat das Bewilligungsgesuch eines Versicherungsunternehmens die namentliche Bezeichnung der Leitungsorgane sowie aller weiteren Organe, einschliesslich der Personen, die für die Aufsicht und Kontrolle zuständig sind oder andere Schlüsselfunktionen innehaben, zu enthalten. Gemäss Art. 20 Bst. a*

VersAG sind der FMA u.a. Änderungen der Bewilligungsanforderungen nach Art. 12 Abs. 2 Bst. i VersAG, soweit es die Schlüsselfunktionen betrifft, zu melden. Diese Verpflichtung sowie die notwendige Qualifikation der Inhaber von Schlüsselfunktionen wird auch in Art. 3 ff VersAV definiert. Die Form für die Meldung wurde von der FMA mittels Wegleitung vorgegeben (FMA-Wegleitung 2017/18: Fachliche Qualifikation und persönliche Integrität von Organträgern und Funktionsinhabern).»

⁸⁷ Schliesslich meldete die Gesellschaft das Ausscheiden eines bisherigen und die Zuwahl eines neuen Verwaltungsratsmitglieds unvollständig und verspätet. Insbesondere mangelte es an rechtsgenügenden Anträgen auf Genehmigung dieser Vorgänge durch die FMA. Diese rief die gesetzlichen Verpflichtungen in Erinnerung:

⁸⁸ *«Gemäss Art. 257 Abs. 3 Bst. g VersAG ist zu bestrafen, wer vorgeschriebene Genehmigungen der FMA nicht oder nicht rechtzeitig einholt. Gemäss Art. 19 Abs. 2 Bst. a VersAG sind Änderungen der Bewilligungsanforderungen u.a. nach Art. 12 Abs. 2 Bst. i VersAG vorgängig zu genehmigen. Unter Art. 12 Abs. 2 Bst. i VersAG sind u.a. die Leitungsorgane zu verstehen. Auch die Demission von Personen aus dem Verwaltungsrat ist eine Änderung der Bewilligungsanforderung nach Art. 12 Abs. 2 Bst. i VersAG und daher genehmigungspflichtig.*

⁸⁹ *[...] An die einzelnen Leitungsorgane wie auch an den Verwaltungsrat als Ganzes legt die versicherungsaufsichtsrechtliche Gesetzgebung verschiedene Ansprüche. Die FMA kann die Einhaltung dieser Voraussetzungen nur prüfen, wenn sie die Möglichkeit hat, Veränderungen in der Zusammensetzung des Verwaltungsrats gegebenenfalls auch zu untersagen. Daher ist gesetzlich ausdrücklich eine Genehmigungspflicht (und nicht nur eine Meldungspflicht) im Hinblick auf die Leitungsorgane vorgesehen. Diese Genehmigung hat vor Durchführung der Veränderung im Leitungsorgan vorzuliegen.»*

⁹⁰ Bei der Strafzumessung war erschwerend das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen zu bewerten und dass die strafbaren Handlungen in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken begangen worden waren. Mildernd war hingegen, dass die Beschuldigten aufsichtsstrafrechtlich bisher unbescholten waren, trotz Vollendung der Taten kein Schaden herbeigeführt wurde, die Beschuldigten die Versäumnisse unmittelbar nachgeholt und ein grundsätzliches Geständnis abgelegt haben. Die FMA verhängte daher gegen sämtliche Geschäftsleitungsmitglieder eine Busse in Höhe von jeweils CHF 2000.

GELDWÄSCHEREI-
PRÄVENTION
UND ANDERE FINANZ-
INTERMEDIÄRE

Begehung von Verwaltungs- übertretungen; Strafzumessung

⁹¹ Einer liechtensteinischen Treuhandgesellschaft und ihrem Verwaltungsrat und Geschäftsführer war von der FMA eine Bewilligung zur umfassenden Tätigkeit erteilt worden (Art. 14 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 TrHG). Wegen wiederholter und systematischer Begehung von Übertretungen nach Art. 31 Abs. 1 Bst. e und f^{bis} SPG sowie wiederholter Begehung der Übertretung nach Art. 31 Abs. 1 Bst. 1 SPG verhängte die FMA gegen die Treuhandgesellschaft eine Busse in Höhe von insgesamt CHF 100 000. Nach Auffassung der FMA hatte es die Treuhandgesellschaft in ihren Geschäftsbeziehungen zu diversen, namentlich benannten Gesellschaftern unterlassen, das Geschäftsprofil nach Art. 8 SPG vollständig zu erstellen, die Risikobewertung nach Art. 9a SPG vorzunehmen bzw. die Sorgfaltspflichtakten nach Art. 20 SPG anzulegen. Mit separater Strafverfügung büsste die FMA den Verwaltungsrat und Geschäftsführer persönlich wegen selbständiger Begehung einzelner Übertretungen mit CHF 9000.

⁹² Die Gebüssten erhoben gegen die Verfügungen der FMA Beschwerde bei der FMA-BK. Diese verband die beiden Beschwerdeverfahren zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung.

⁹³ In teilweiser Stattgebung der Beschwerden hob die FMA-BK die Verfügungen insoweit ersatzlos auf, als diese das Unterlassen des Erstellens bzw. Aktualisierens von Geschäftsprofilen in Bezug auf einzelne Geschäftsbeziehungen betrafen. Im Übrigen wurde den Beschwerden keine Folge gegeben. Die FMA-BK reduzierte die Busse gegenüber der Treuhandgesellschaft auf CHF 15 000, gegenüber dem Verwaltungsrat und Geschäftsführer auf CHF 7000 (unter solidarischer Mithaftung der Treuhandgesellschaft).

⁹⁴ Wie dargelegt, kamen die Treuhandgesellschaft und ihr Geschäftsführer diversen Pflichten aus dem SPG nicht oder nicht ausreichend nach. In genereller Hinsicht äusserte sich die FMA in den Verfügungen zu den gesetzlichen Tatbeständen; zum Erstellen von Geschäftsprofilen führte sie aus:

⁹⁵ *«Eine Übertretung nach Art. 31 Abs. 1 Bst. e SPG begeht, wer das Profil über die Geschäftsbeziehung nicht oder nicht vollständig nach Art. 8 SPG erstellt und aktualisiert.»*

⁹⁶ *Nach Art. 8 Abs. 1 SPG müssen die Sorgfaltspflichtigen ein Profil über die Geschäftsbeziehung erstellen, das insbesondere Informationen über die Herkunft der Vermögenswerte sowie über Zweck und angestrebte Art der Geschäftsbeziehung enthält (Geschäftsprofil). Sie haben sicherzustellen, dass die im Geschäftsprofil enthaltenen Daten und Informationen aktualisiert werden (Abs. 2).*

⁹⁷ *Art. 1 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 20 Abs. 1 SPV verlangt konkretisierend folgende Angaben: Vertragspartner und wirtschaftlich berechtigte Person; Bevollmächtigte und Organe, die gegenüber dem Sorgfaltspflichtigen handeln; Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte; wirtschaftlicher Hintergrund des Gesamtvermögens, einschliesslich Beruf und Geschäftstätigkeit des effektiven Einbringers der Vermögenswerte; und Verwendungszweck der Vermögenswerte. Der Detailierungsgrad dieser Angaben hat dem Risiko der Geschäftsbeziehung Rechnung zu tragen (Abs. 2).*

⁹⁸ *Das Geschäftsprofil stellt einen Teil der Sorgfaltspflichtakten dar (Art 27 Abs. 1 Bst. b SPV). Nach Art. 28 Abs. 1 Bst. a und b SPV müssen die Sorgfaltspflichtakten so erstellt und aufbewahrt werden, dass die gebotenen Sorgfaltspflichten jederzeit wahrgenommen werden können und sie einem fachkundigen Dritten ein zuverlässiges Urteil über die Einhaltung der Bestimmungen des SPG und der SPV ermöglichen.*

⁹⁹ Das Geschäftsprofil stellt die Basis für die laufende Überwachung der Geschäftsbeziehung dar und muss dementsprechend ausreichend Informationen enthalten. Das Geschäftsprofil hat mindestens die erforderlichen Angaben gemäss Art. 20 SPV zu enthalten und muss die individuellen Gegebenheiten berücksichtigen. Der Sorgfaltspflichtige muss aufgrund der vorliegenden Informationen in der Lage sein, Abweichungen bzw. Auffälligkeiten gegenüber den bisherigen Erfahrungen mit dem Kunden und dessen Geschäftsbeziehung zu erkennen. Dabei spielt auch die konkrete Beschreibung der wirtschaftlichen Hintergründe im Profil eine zentrale Rolle. Zudem muss das Geschäftsprofil detailliert genug sein, dass ein fachkundiger Dritter beispielsweise anlässlich einer Sorgfaltspflichtkontrolle in der Lage ist, nach blosser Konsultation des Geschäftsprofils ebenfalls Auffälligkeiten im Zusammenhang mit Transaktionen etc. zu erkennen. Die Häufigkeit der Aktualisierung ist vom Risiko abhängig. In jedem Fall müssen jegliche für das Geschäftsprofil relevante Änderungen erfasst werden (vgl. zum Ganzen FMA-RL 2013/1, S. 5, Stand 4. März 2013).

¹⁰⁰ Sinn des Profils ist es jedoch nicht, sich gleichsam alle Eventualitäten offen zu halten, damit im Nachhinein praktisch jede Transaktion durch einen sehr allgemein gehaltenen Wortlaut gerechtfertigt werden kann, sondern das Profil hat derart detailliert zu sein, dass eine risikoadäquate Überwachung der Geschäftsbeziehung möglich ist, d.h. überprüft werden kann, ob die im Verlauf der Geschäftsbeziehung abgewickelten Transaktionen mit dem Geschäftsprofil übereinstimmen. Das Profil muss aus sich heraus und ohne Beizug weiterer Dokumente aussagekräftig sein (vgl. zum Ganzen FMA-BK 2015/7, ON 7, S. 26).

¹⁰¹ Der Tatbestand von Art. 31 Abs. 1 Bst. e SPG ist bereits dann erfüllt, wenn das Profil über die Geschäftsbeziehung nicht vollständig erstellt wurde. Dass der Detaillierungsgrad der Angaben nach Art. 20 Abs. 1

Bst. c bis e SPV dem Risiko der Geschäftsbeziehung Rechnung zu tragen hat (Art. 20 Abs. 2 SPV), bedeutet nicht, dass derartige Angaben völlig dem Ermessen des Sorgfaltspflichtigen anheimgestellt sind (vgl. dazu FMA-BK 2014/2 ON 6, S. 11).»

¹⁰² Alsdann äusserte sich die FMA zur Risikobewertungspflicht:

«Eine Übertretung nach Art. 31 Abs. 1 Bst. f^{bis} SPG begeht, wer die Risikobewertung nach Art. 9a SPG nicht vornimmt.

¹⁰³ Nach Art. 9a Abs. 1 SPG haben die Sorgfaltspflichtigen in einer Risikobewertung die für sie bestehenden Risiken in Bezug auf Geldwäscherei, organisierte Kriminalität und Terrorismusfinanzierung zu ermitteln und zu bewerten.

Nach Abs. 3 muss die Risikobewertung dokumentiert und aktuell gehalten und der zuständigen Behörde im Rahmen ihrer Kontrolltätigkeit zur Verfügung gestellt werden.

Nach Art. 22a SPV hat eine Aktualisierung der Risikobewertung nach Art. 9a Abs. 1 und 3 SPG in regelmässigen Abständen – mindestens jedoch einmal alle drei Jahre – zu erfolgen.»

¹⁰⁴ Zur Dokumentationspflicht hielt die FMA schliesslich fest:

¹⁰⁵ «Eine Übertretung nach Art. 31 Abs. 1 Bst. I SPG begeht nicht nur, wer die Sorgfaltspflichtakten überhaupt nicht nach Art. 20 SPG anlegt oder aufbewahrt, sondern auch, wer diese Akten nicht vollständig anlegt oder aufbewahrt hat.

¹⁰⁶ Nach Art. 20 Abs. 1 SPG müssen die Sorgfaltspflichtigen die Einhaltung der Sorgfaltspflichten (Art. 5

bis 16) nach Massgabe des Gesetzes dokumentieren. Zu diesem Zweck müssen sie Sorgfaltspflichtakten führen und diese aufbewahren.

¹⁰⁷ Nach Art. 11 Abs. 4 Bst. a SPG müssen die Sorgfaltspflichtigen hinsichtlich Geschäftsbeziehungen und Transaktionen mit politisch exponierten Personen angemessene, risikobasierte Verfahren einsetzen, mit denen bestimmt werden kann, ob es sich um eine politisch exponierte Person handelt oder nicht.

¹⁰⁸ Den Sorgfaltspflichten nach Art. 11 SPG kann nur nachgekommen werden, wenn festgestellt wird, ob eine Geschäftsbeziehung mit einem PEP überhaupt besteht. Der Sorgfaltspflichtige hat einen regelmässigen PEP-Abgleich des gesamten Kundenstammes zu gewährleisten, um im Rahmen von bestehenden Geschäftsbeziehungen die Identifikation von PEP sicherzustellen.

¹⁰⁹ Nach Art. 28 Abs. 1 Bst. b SPV müssen die Sorgfaltspflichtakten so erstellt und aufbewahrt werden, dass sie fachkundigen Dritten ein zuverlässiges Urteil über die Einhaltung der Bestimmungen des SPG und der SPV ermöglichen.

So ist nach Art. 20 SPG die Einhaltung der Sorgfaltspflichten zu dokumentieren, was sich ausdrücklich (vgl. die Anführung «Art. 5 bis 16» in dieser Gesetzesstelle) auch auf die verstärkten Sorgfaltspflichten (Art. 11 SPG) bezieht. Danach haben Sorgfaltspflichtige (Art. 11 Abs. 4 Bst. a SPG) angemessene, risikobasierte Verfahren einzusetzen, mit denen bestimmt werden kann, ob es sich um eine politisch exponierte Person handelt oder nicht. Der sogenannte PEP-Check muss im Sorgfaltspflichtakt schriftlich dokumentiert sein (vgl. hierzu FMA-BK 2015/1).»

¹¹⁰ In ihren Entscheidungsgründen befasste sich die FMA-BK zunächst mit den objektiven Tatbeständen

der von der FMA geltend gemachten Verwaltungsübertretungen.

¹¹¹ Was das Erstellen und Aktualisieren von Geschäftsprofilen betrifft, folgte die FMA-BK in genereller Hinsicht den Erwägungen der FMA; diese entsprachen auch der Rechtsprechung der FMA-BK. Bezüglich der gegenständlichen Geschäftsprofile liess die FMA-BK aber offen, ob diese ausreichend und aussagekräftig seien. In ihrem Kontrollbericht hatte die von der FMA eingesetzte Prüferin festgehalten, die Geschäftsprofile würden einen Minimalinhalt aufweisen, der zwar als knapp, als im Sinne des Gesetzes aber noch ausreichend beurteilt werden könne. Aufgrund dieser Aussage billigte die FMA-BK den Beschwerdeführern im Strafverfahren nicht vorwerfbares Rechtsirrtum (§ 9 StGB) zu:

¹¹² «Vertreten nun die Beschwerdeführer dieselbe Auffassung wie die von der Behörde beauftragte Prüferin, so schliesst dies die Strafbarkeit aus. Denn hätten sich die Beschwerdeführer ex ante bei der [X] AG über die Gesetzeskonformität der Profilerstellung erkundigt, so hätten sie – entsprechend den Ausführungen im Prüfbericht – diese bestätigt erhalten. Nicht vorwerfbarer Rechtsirrtum wird nämlich auch bei behördlicher Prüfung unterliegenden Schritten angenommen (Höpfel in WK² StGB § 9 Rz 14) – dies gilt analog auch im vorliegenden Fall.»

¹¹³ Infolgedessen schloss eine (begründete) unterschiedliche fachliche Meinung zwischen Beschwerdeführer und Prüferin einerseits und FMA andererseits eine Strafbarkeit in Bezug auf die gegenständlichen Geschäftsmodelle aus.

¹¹⁴ In Bezug auf das Anlegen von Sorgfaltspflichtakten und die Risikobewertung schützte die FMA-BK die Erwägungen der FMA.

¹¹⁵ Hinsichtlich der subjektiven Tatseite folgte die FMA-BK ebenfalls der FMA, wonach auf Seiten des verantwortlichen Treuhänders zumindest von Eventualvorsatz auszugehen sei. Die FMA-BK wörtlich:

«Den Ausführungen in der angefochtenen Verfügung, wonach aus dem Umstand, dass [X] über eine Treuhänderbewilligung verfügt und seit vielen Jahren als Treuhänder tätig ist, abzuleiten ist, dass er über eine ausreichende Kenntnis der liechtensteinischen Sorgfaltspflichten verfügt, wozu er standesrechtlich auch verpflichtet ist, und daher über ausreichend Sachverstand im Umgang mit den liechtensteinischen Sorgfaltspflichten verfügt, auf das Vorliegen von Eventualvorsatz geschlossen werden kann (sog. Schluss von äusseren Tatsachen auf die innere Tatseite - vgl. Fabrizio StPO¹¹ § 258 Rz 5b), kann nicht entgegengetreten werden, sondern es ist ihnen beizupflichten. Dass ein Treuhänder das SPG, die SPV, die einschlägigen FMA-Wegleitungen und die veröffentlichte Rechtsprechung kennt, davon ist auszugehen, und stellt auch seine Standespflicht dar, wie sich Art 12 Abs 1 (Aus- und Weiterbildungspflicht) der Standesrichtlinien der Liechtensteinischen Treuhänderkammer entnehmen lässt: «Berufsangehörige haben die Pflicht, ihr Fachwissen auf einem ausreichend hohen und dem neuesten Stand zu halten.»»

¹¹⁶ Einen breiten Raum in der Entscheidung der FMA-BK nehmen Ausführungen zur Neubemessung der Strafe ein. Dazu eingangs die FMA-BK:

«Die teilweise Kassierung der schuldig sprechenden Erkenntnisse und die (insoweit erfolgte) Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens zieht notwendigerweise die Neubemessung der Strafe nach sich.»

¹¹⁷ Zunächst betonte die FMA-BK, dass die FMA richtigerweise die einschlägigen Verwaltungsübertretungs- und Strafbestimmungen angewendet habe.

Das gilt auch mit Bezug auf die Anwendung von Art. 31 Abs. 4 SPG: Begehen einer Verwaltungsübertretung in schwerwiegender, wiederholter oder systematischer Weise.

¹¹⁸ Was die «wiederholte» Tatbegehung betrifft, schützte die FMA-BK den Entscheid der FMA. Hingegen widersprach sie der Folgerung, dass auch das Tatbestandselement der «systematischen» Begehung erfüllt sei. Unter Bezugnahme auf andere Finanzmarkterlasse hielt die FMA-BK fest, als systematisches Vorgehen sei ein «gezielt geplantes» Verhalten zu verstehen. Mit Hinweis auf einschlägiges Schrifttum führte die FMA-BK aus, eine Systematik bedinge ein auf die Nichteinhaltung der relevanten Vorschriften gerichtetes Wollen. Dem Handelnden müsse es geradezu darauf ankommen, seinen Berufspflichten nicht zu entsprechen. Dem verantwortlichen Treuhänder könne ein solches Verhalten nicht vorgeworfen werden. Zwar seien die angeführten Verwaltungsübertretungen verwirklicht, doch liege dem kein planvolles Handeln zugrunde; dem Treuhänder sei es nicht darauf angekommen, gegen die einschlägigen Bestimmungen zu verstossen.

¹¹⁹ Einlässlich und in grundsätzlicher Hinsicht befasste sich die FMA-BK mit der mit LGBl. 2017 Nr. 61 erfolgten Novellierung der Strafbestimmungen und insbesondere mit einer massiven Erhöhung des Strafrahmens in Art. 31 Abs. 1 SPG. Dazu referiert die FMA-BK die gesetzgeberischen Hintergründe der Novellierung und die Beratungen im Landtag. Zusammenfassend hält die FMA-BK fest:

¹²⁰ *«Daraus ist abzuleiten: Es ist ausdrücklicher Wille des Gesetzgebers, dass die Erhöhung des Strafrahmens zu höheren Bussen führen soll. Zugleich soll jedoch das «Augenmass» gewahrt werden und soll weiterhin verhältnismässig vorgegangen werden.»*

¹²¹ Während die FMA-BK die Strafverfügung gegenüber dem Verwaltungsrat und Geschäftsführer im Grundsatz nicht bemängelte (wobei ein Teil der Vorwürfe weggefallen war), erachtete sie die über die Treuhandgesellschaft verhängte Busse als «allerdings viel zu hoch». Dabei führte die FMA-BK zu den im Gesetz neu festgehaltenen Kriterien für die Strafbemessung Folgendes aus:

¹²² *«In Bezug auf die Beschwerdeführerin Treuhandgesellschaft [Y] sind zunächst die in Art 31a Abs 1 SPG (Verhältnismässigkeit und Effizienzgebot) neu festgelegten Kriterien zur Strafbemessung zu berücksichtigen, die eine EWR-weit kohärente Verhängung von Strafen und Bussen gewährleisten sollen (BuA 2016/159, 169), nämlich (a) in Bezug auf den Verstoss insbesondere (1) dessen Schwere und Dauer, (2) die Höhe der dadurch erzielten Gewinne bzw. verhinderten Verluste, soweit bezifferbar, (3) die Dritten entstandenen Verluste, soweit bezifferbar, und (b) in Bezug auf die für den Verstoss verantwortlichen Personen insbesondere (1) den Grad an Verschulden, (2) die Finanzkraft, (3) die Kooperationsbereitschaft und (4) frühere Verstösse. In Abs 2 leg wird ergänzend (im Übrigen) auf den Allgemeinen Teil des StGB und damit auf die Strafbemessungsvorschriften der §§ 32 bis 34 StGB verwiesen. Da der Strafraumen durch Art 31 Abs 4 SPG bestimmt wird und somit die Wiederholung strafrahmenbestimmend ist, darf diese der Beschwerdeführerin Treuhandgesellschaft [Y] bei sonstigem Verstoss gegen das Doppelverwertungsverbot nicht gesondert als erschwerend zur Last gelegt werden, jedoch das Zusammentreffen sehr wohl. Die Verstösse sind insgesamt nicht besonders schwer, aber auch nicht besonders leicht, somit ebenso wie das Verschulden als deliktstypisch anzusehen, die Dauer der Tatbegehung war nicht kurz, sondern erstreckte sich über einen längeren Zeitraum, Gewinne wurden durch die Taten keine erzielt und auch keine Verluste verhindert, auch entstanden bei Dritten keine Verluste. Die Finanzkraft des Beschwerdeführers ist als die eines durchschnittlichen*

Treuhänders anzusehen, er war vollständig kooperationsbereit und ist unbescholten.»

¹²³ Den Grund für die gegenüber der Treuhandgesellschaft massiv zu reduzierende Busse erkennt die FMA-BK im vorliegenden Fall darin, dass hier nicht «der exorbitant hohe Strafraumen» zur Anwendung gelangen dürfe, der gegenüber juristischen Personen vorgesehen ist. Die Gründe für eine qualifizierte Strafbarkeit von Gesellschaften – namentlich deren häufig komplexe Unternehmensorganisation – lägen im konkreten Fall nicht vor. Die FMA-BK dazu:

¹²⁴ *«Denn die Treuhandgesellschaft [Y] ist nach den getroffenen Feststellungen eine Ein-Mann-AG, dh [X] hätte die ihm zur Last liegenden Verwaltungsübertretungen genauso begangen (und es hätte sich das Gefährdungspotential genauso verwirklicht), wenn er der konkreten Geschäftstätigkeit persönlich als Treuhänder (und nicht im Rahmen der AG als Treuhandgesellschaft) nachgegangen wäre. Damit ist es zumindest in derartigen Fällen nicht einzusehen, wieso es erforderlich sein soll, vom um Vieles höheren Strafraumen Gebrauch zu machen. Dies wäre eine geradezu gleichheitswidrige Differenzierung zwischen einer Tätigkeit im Rahmen einer (Ein-Mann-) AG und der persönlichen Geschäftsausübung.»*

¹²⁵ Damit war auch gegenüber der Gesellschaft von dem von der FMA mit Bezug auf natürliche Personen angewandten Ansatz – Regelfall einer Einstiegsstrafe von 10% des zur Verfügung stehenden Strafraumens – auszugehen, mithin rund CHF 20 000. Die FMA-BK erachtete eine leichte Erhöhung der Gesamtstrafe auf CHF 22 000 als angemessen, wobei der Verwaltungsrat und Geschäftsführer CHF 7000 und die Treuhandgesellschaft den Rest von CHF 15 000 zu tragen hatten. In diesem Sinne war die Busse jeweils festzusetzen.

126 Anmerkung der FMA

Die FMA kann diese Begründung nicht teilen. Dieser Entscheid ist aufgrund der Ausführungen der FMA-BK für die FMA insbesondere im Hinblick auf das anstehende Moneyval-Assessment von besonderer Bedeutung. Der vor der Gesetzesnovellierung bestehende Bussenrahmen war in einem früheren Assessment-Verfahren als nicht wirksam und nicht abschreckend genug kritisiert worden.

Übernahme einer qualifizierten Organfunktion nach Art. 180a PGR; Unterstellung unter das SPG

¹²⁷ In einem Fall war X im Besitz einer Bewilligung zur umfassenden Tätigkeit nach dem TrHG. Überdies fungierte er als tatsächlich leitende Person (Geschäftsführer) der Y AG, eine bewilligte Treuhandgesellschaft. Er war sodann Geschäftsführer und Verwaltungsrat der Z Ltd. mit Einzelzeichnungsrecht. Diese Gesellschaft verfügte nach Auskunft des Amtes für Volkswirtschaft über keine Gewerbebewilligung und unterstand demzufolge keiner behördlichen Aufsicht. Daher musste wenigstens ein zur Geschäftsführung befugtes Mitglied der Verwaltung über eine Treuhänderbewilligung oder eine 180a-Bewilligung verfügen. X war damit qualifizierter Verwaltungsrat nach Art. 180a PGR.

¹²⁸ Nach Auffassung der FMA hatte es X unterlassen, mit Bezug auf die Z Ltd. die Feststellung und Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Personen nach SPG vorzunehmen, das Geschäftsprofil nach Art. 8 SPG zu erstellen und zu aktualisieren sowie die risikoadäquate Überwachung

gemäss Art. 9 SPG vorzunehmen. Wegen Übertretung nach Art. 31 SPG verhängte die FMA über X eine Busse in Höhe von CHF 40 000 und verpflichtete ihn zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes.

¹²⁹ X hatte zwar, auch mit Hilfe seines Rechtsvertreters, Abklärungen hinsichtlich der Z Ltd. vorgenommen und Dokumentationen angelegt. Diese genügten aber den gesetzlichen Anforderungen nicht, zumal X aufgrund seiner wahrgenommenen Dienstleistung nach Art. 3 Abs. 1 Bst. k Ziff. 2 SPG als Sorgfaltpflichtiger für die Geschäftsbeziehung Z Ltd. zu qualifizieren war und daher unter den Geltungsbereich des SPG fiel.

¹³⁰ Gegen die Bussenverfügung der FMA erhob X Beschwerde bei der FMA-BK. Diese hob in teilweiser Stattgebung der Beschwerde Spruchpunkte der angefochtenen Verfügung auf und verhängte über X für die verbleibenden Übertretungen nach Art. 31 Abs. 1 Bst. d und e SPG eine Busse in Höhe von CHF 15 000.

¹³¹ In grundsätzlicher Hinsicht folgte die FMA-BK den Rechtsausführungen der FMA. Zur Unterstellung von X unter das SPG hielt sie fest:

Sorgfaltpflichtig ist der Beschwerdeführer *«nach dem hier allein in Betracht kommenden Art 3 Abs 1 lit k Z 2 SPG dann, wenn er diese Leitungs- oder Geschäftsführungsfunktion bei der [Z] Ltd. als Dienstleister für Rechtsträger berufsmässig auf fremde Rechnung erbringt. Es ist evident, dass er berufsmässig tätig wird (das ist ja gerade sein Beruf), und es ist ebenso evident, dass er auf fremde Rechnung tätig wird. Dazu ist auf die FMA-Wegleitung 2018/7 (1/5.2) zu verweisen, wonach bei Übernahme einer qualifizierten Organfunktion nach Art 180a PGR stets von der Ausübung auf fremde Rechnung ausgegangen wird. Jede andere Auslegung würde dazu führen, dass etwa durch die blosse Behauptung einer*

gewerblichen Tätigkeit im Ausland (dies wäre in vielen Fällen auch gar nicht nachprüfbar) die Unterstellung des gemäss Art 180a PGR erforderlichen (qualifizierten) Verwaltungsrates unter das SPG wegfiel, was mit den von Liechtenstein eingegangenen internationalen Verpflichtungen (Übereinkommen über Geldwäscherei, LGBI 2000 Nr 270; in das EWRA übernommene 1., 2., 3. und 4. Geldwäschereirichtlinien ua) schlicht nicht vereinbar wäre und der auch vom StGH geforderten effizienten Bekämpfung der Geldwäscherei (StGH in LES 2017, 45) diametral zuwiderlaufen würde, zumal die Auslandstätigkeit einer Gesellschaft vom EWR-Aufnahmemitgliedstaat nicht systematisch kontrolliert werden darf (Urteil des EFTA-GH vom 03.08.2016 in Auslegung der 3. Geldwäschereirichtlinie, Rs. E-26/15 und E-27/15 Strafsache gegen B und B gegen Finanzmarktaufsicht, publ. in LES 2016, 155), was zur Folge hat, dass im Herkunftsmitgliedstaat die Tätigkeit weitestgehend der Anti-Geldwäschereigesetzgebung (in Liechtenstein: dem Sorgfaltspflichtrecht) zu unterstellen ist. Dass der Beschwerdeführer auch als Geschäftsführer eingetragen wurde, was aus Sicht von Art 180a PGR gar nicht erforderlich wäre, ändert daran nichts.»

¹³² Als berechtigt erachtete die FMA-BK die Beschwerde hinsichtlich des Spruchpunktes 3 der Verfügung (und der damit verbundenen Verpflichtung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes): Vorwurf des Unterlassens, die risikoadäquate Überwachung gemäss Art. 9 SPG vorzunehmen. Eingangs hielt die FMA-BK dazu fest:

¹³³ *«Zunächst ist der Finanzmarktaufsicht dahingehend zuzustimmen, dass die Übertretung nach Art 31 Abs 1 lit f SPG auch derjenige begeht, der die im Rahmen von besonderen Abklärungen nach Art. 9 Abs 4 SPG beschafften Informationen nicht auswertet und nicht in den Sorgfaltspflichtakten dokumentiert (Art 9 Abs 4 und 5 SPG iVm Art 22 Abs 2 SPV). Vollkommen richtig ist auch, dass nach Art 24a Abs 1 lit a SPV Outsourcing-*

Verträge betreffend die risikoadäquate Überwachung der Geschäftsbeziehung auf einem schriftlichen Vertrag zu beruhen haben.»

¹³⁴ Die FMA-BK attestierte dem Beschwerdeführer, insoweit gesetzeskonform gehandelt zu haben. «Es würde die Sorgfaltspflichten überspannen» (so die FMA-BK), vom Sorgfaltspflichtigen beispielsweise auf erstellten Ausdrucken von Internetseiten oder von Zeitungen zusätzlich sog. Negativ-Vermerke – etwa: «keine neuen Erkenntnisse» – einzufordern.

¹³⁵ Bei der Neubemessung der Strafe folgte die FMA-BK ihrer Argumentation und ihren Ausführungen, die sie ebenfalls in der vorne erörterten Entscheidung (vgl. Rz 116 ff.) formuliert hatte. Angesichts der Aufhebung der Verfügung der FMA in einem Punkt und des nach Ansicht der FMA-BK Überwiegens der Milderungsgründe erschien eine Busse in Höhe von CHF 15 000 als angemessen.

Kosten einer ordentlichen Sorgfaltspflichtkontrolle

¹³⁶ Die FMA ist in Einzelfällen damit befasst, dass die Kosten für eine ordentliche Sorgfaltspflichtkontrolle vom kontrollierten Finanzintermediär nicht an die beauftragte prüfungsdurchführende Revisionsgesellschaft (Art. 24 Abs. 6 SPG) bezahlt werden. In solchen Fällen ist die FMA als Auftragserteilende bisher für die entstandenen Kosten in Vorlage getreten und hat sodann die Kosten dem kontrollierten Finanzintermediär mittels Verfügung auferlegt.

¹³⁷ So wurde auch in einem Fall verfahren, in dem es um einen eingetragenen Rechtsanwalt ging. Dieser ist im Besitz einer Bewilligung nach dem Gesetz

betreffend die Aufsicht über Personen nach Art. 180a PGR (180a-G). Solche Bewilligungsträger unterstehen dem SPG (Art. 3 Abs. 1 Bst. o), soweit sie auf fremde Rechnung die Funktion eines Gesellschafters, einer Personengesellschaft oder eines Organs oder Geschäftsführers eines Rechtsträgers auf fremde Rechnung ausüben oder eine vergleichbare Funktion auf fremde Rechnung wahrnehmen.

¹³⁸ Mit Einreichung des «Meldeformulars Sorgfaltspflichtkontrollen bei den Anderen Finanzintermediären» an die FMA erklärte der Rechtsanwalt, dass er zwar Tätigkeiten gemäss Art. 3 SPG ausübe, diese erfolgten aber nicht berufsmässig. Aufgrund dieser Meldung (Feststellung als Sorgfaltspflichtiger) ordnete die FMA eine ordentliche Sorgfaltspflichtkontrolle für das Jahr 2015 an und beauftragte die X AG mit deren Durchführung. Letztere erfüllte ihren Kontrollauftrag und legte in der Folge einen ersten sowie einen überarbeiteten Kontrollbericht vor.

¹³⁹ Den durch die X AG in Rechnung gestellten Betrag bezahlte der Rechtsanwalt nicht. Auf Ersuchen der X AG trat die FMA in Vorlage und überwies den akzeptierten Betrag in Höhe von CHF 3596.55 an die Prüfgesellschaft. Mit Verfügung auferlegte die FMA dem Rechtsanwalt diese Kosten, zuzüglich einer Verfügungsgebühr in Höhe von CHF 1000. Dagegen erhob dieser Beschwerde bei der FMA-BK.

¹⁴⁰ Zunächst wies die FMA-BK den Einwand des Beschwerdeführers zurück, wonach über die Kosten der beauftragten Wirtschaftsprüferin das Zivilgericht und nicht die FMA zu entscheiden habe. Die FMA-BK prüfte eingehend die Gesetzeslage, auch vor dem Hintergrund der Materialien, und hielt fest:

¹⁴¹ «Das Gesetz (Art 24 Abs 6 SPG) ist eindeutig: Der kontrollierende Wirtschaftsprüfer wird von der Finanzmarktaufsicht beauftragt. Damit besteht zwischen die-

sem und dem zu Kontrollierenden - vergleichbar wie im Falle eines vom Gericht bestellten Sachverständigen (vgl. Krammer in Fasching/Konecny 3 Anh 365 Rz 1) - keine Rechtsbeziehung privatrechtlicher Natur, was zur Folge hat, dass der Wirtschaftsprüfer (falls nicht - wie im Regelfall - der Kontrollierte freiwillig direkt die Zahlung an den Wirtschaftsprüfer leistet) seinen öffentlich-rechtlichen Honoraranspruch gegenüber der Finanzmarktaufsicht, seiner Auftraggeberin, geltend machen kann (vgl. wiederum Krammer aaO Rz 87) und diese die (Drift-)Kosten gemäss Art 30 Abs 6 FMAG beim Kontrollierten einzuheben hat, und zwar mittels Rechnung und bei Nichtbezahlung mittels Verfügung (Art 30 Abs 7 FMAG iVm Art 2 Abs 1 FMA-AGV). Der ordentliche Rechtsweg ist zufolge der vorliegenden exklusiven Verweisung in das Verwaltungsverfahren (Vollzugsklausel - Mayr in Rechberger Vor § 1 JN Rz 4) damit ausgeschlossen.»

¹⁴² Ebenfalls wurde der Beschwerde insoweit keine Folge geleistet, als geltend gemacht worden war, es habe sich vorliegend um eine ausserordentliche und nicht um eine ordentliche Sorgfaltspflichtkontrolle (Art. 24 SPG) gehandelt. Im Übrigen, so die FMA-BK, wäre die FMA auch zur Bestimmung der Kosten für eine ausserordentliche Kontrolle zuständig.

¹⁴³ Berechtigung kam der Beschwerde jedoch insoweit teilweise zu, als sie die Höhe der dem Beschwerdeführer auferlegten Kosten anfocht. Bevor die FMA-BK die einzelnen Rechnungspunkte im Detail überprüfte – Stundenansatz und -aufwand, auch mit Blick auf Marktüblichkeit und Branchenvergleich –, hielt sie vorab die allgemein zu beachtenden Kriterien fest:

¹⁴⁴ «Werden, wie hier, Kosten nach Zeitaufwand geltend gemacht, so sind die einzelnen Positionen in dreierlei Hinsicht zu überprüfen:

- Wurde die Leistung im angeführten Ausmass tatsächlich erbracht, wurde also konkret die verrechnete Stundenanzahl geleistet und wurden die verrechneten Leistungen erbracht?
- Ist die Höhe des für die einzelne Leistung veranschlagten Betrages angemessen?
- War die Leistung notwendig bzw. musste die Leistung/der Zeitaufwand (in der verrechneten Dauer) tatsächlich erbracht werden, oder hätte mit einem geringeren Zeitaufwand das Auslangen gefunden werden können?»

¹⁴⁵ Aus dem Entscheid der FMA-BK geht hervor, dass zwischen der FMA und der X AG ein umfangreicher Meinungs- und Dokumentenaustausch in Bezug auf das zu akzeptierende Honorar stattgefunden hat. Die FMA-BK gelangte gestützt darauf zu dem Ergebnis, dass die Prüferin der Detaillierungspflicht «im vorliegenden Fall nur über mehrfache Aufforderung und auch nur zum Teil und der Pflicht zum Erteilen von Aufklärungen überhaupt nicht nachgekommen» sei. Allfällige verbleibende Unklarheiten dürften somit nicht zu Lasten des Zahlungspflichtigen (hier: des Beschwerdeführers) gehen. Sodann wurden Widersprüche in der Rechnungstellung festgestellt, so dass «von dem für den Beschwerdeführer günstigeren Ergebnis im Sinne einer Reduktion auf das von der Partei zugestandene Ausmass» auszugehen sei. Die zu ersetzenden Gesamtkosten legte die FMA-BK neu auf insgesamt CHF 2648.16 fest. Die vom Beschwerdeführer zu entrichtende (restliche) Verfügungsgebühr und die ihm zu ersetzenden Verfahrenskosten wurden gegeneinander aufgehoben (verrechnet); die bezahlten Gerichtsgebühren waren zurückzuerstatten.

¹⁴⁶ Für die verfahrensmässige Erledigung von Fällen, in denen es um die Festsetzung der (möglicherweise umstrittenen) Kosten für eine Sorgfaltspflichtkont-

rolle geht, sprach die FMA-BK abschliessend folgende Empfehlung aus:

«Es empfiehlt sich, die Höhe der dem Prüfer zustehenden Vergütung und die Rückersatzpflicht durch den Geprüften *uno actu*, das heisst im Wege einer einzigen (gemeinsamen) Verfügung zu bestimmen bzw. auszusprechen (zB: «1. Die Kosten des Prüfers werden mit CHF XYZ bestimmt und nach Rechtskraft dieser Verfügung ausbezahlt. 2. Der Geprüfte ist schuldig, der Finanzmarktaufsicht den Betrag von CHF XYZ zu bezahlen»), wie dies etwa bei gerichtlichen Gebührenbeschlüssen betreffend Sachverständigenkosten vorgesehen ist. Im vorliegenden Fall ist nämlich das Schreiben an die Prüferin vom [...] zufolge dessen klaren Wortlauts und aufgrund der anschliessend erfolgten Überweisung des Betrages als Verfügung anzusehen und damit in Rechtskraft erwachsen (LES 2016, 105), sodass von der Prüferin nichts mehr zurückgefordert werden kann. Da sie dem berechtigten Auftrag, ihre Kostennote(n) zu erläutern, nicht nachgekommen ist, hätte sie ihren Anspruch insoweit jedoch verloren gehabt (Krammer aaO Rz 97; Krammer/Schmidt/Guggenbichler, SDG-GebAG, 4. Auflage, § 39 GebAG E 58). Andererseits war der Beschwerde Folge zu geben, weil - wie dargelegt und wie auch von der Finanzmarktaufsicht zutreffend erkannt - Unklarheiten vorlagen, die nicht zu Lasten des Beschwerdeführers gehen dürfen. Wäre hingegen in einer einzigen, einen mehrgliedrigen Spruch aufweisenden und sowohl der Prüferin als auch dem Geprüften zugestellten Verfügung entschieden worden, so hätte diese prozessuale Verwicklung verhindert werden können und wäre mit Rechtskraftwirkung gegenüber der Prüferin und dem Geprüften über die Höhe der Kosten entschieden worden.»

INTERNATIONALE AMTSHILFE

Herausgabe von bei der FMA bereits vorhandenen Informationen

¹⁴⁷ Im Zusammenhang mit einem Untersuchungsverfahren in Deutschland wegen des Verdachts auf Insiderhandel hatte die BaFin ein Amtshilfeersuchen an die FMA gerichtet. In dem Ersuchen bat die BaFin um Informationen betreffend das Handelsverhalten einer natürlichen Person sowie mit dieser verbundenen Gesellschaften. Die FMA hatte einige Zeit zuvor bezüglich des gleichen Sachverhalts ebenfalls Ermittlungen angestellt und in diesem Zusammenhang bereits Kontakt zur BaFin.

¹⁴⁸ Die Besonderheit des Amtshilfeersuchens der BaFin bestand nun darin, dass diese nicht darum bat, die erfragten Informationen bei einem Finanzintermediär als Informationsinhaber einzuholen – was der Regelfall ist –, sondern dass die BaFin um Informationen ersuchte, die bei der FMA aufgrund eines früheren Untersuchungsverfahrens bereits aktenkundig waren. Für die internationale Amtshilfe im Bereich der Wertpapieraufsicht besteht ein multilaterales Abkommen der International Organization of Securities Commissions (IOSCO MMoU). Dieses sieht in Punkt 7 (Scope of Assistance) als erste mögliche Form der Amtshilfe vor, dass die ersuchte Behörde Informationen und Dokumente zur Verfügung stellt, die sie in ihren eigenen Akten vorliegen hat (Punkt 7 (b) (i) des IOSCO MMoU).

¹⁴⁹ Das FMAG, das in Liechtenstein die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden im Bereich der Wertpapieraufsicht regelt, sieht als Regelfall das Einholen von Informationen für die ersuchende Behörde bei derjenigen Person vor, die über die verlangten Informationen verfügt (sog. Informationsinhaber, vgl. Art. 27h FMAG). Der Fall, dass die ersuchte Behörde

Informationen weitergibt, die bereits in ihren Akten vorliegen, ist nicht als gesonderter Fall der Amtshilfe aufgeführt. Allerdings impliziert die Vorschrift des Art. 27h Abs. 1 Bst. b diese Möglichkeit, denn sie trifft Regelungen zum eingeschränkten Inhalt der Benachrichtigung des Informationsinhabers bzw. der Mitteilung an den Informationsinhaber, «sofern ihr [der FMA] diese [die verlangten Informationen] bereits bekannt sind oder vorliegen». Es stand damit fest, dass für die FMA die Möglichkeit bestand, eigene Informationen im Rahmen eines Amtshilfeersuchens an die ersuchende Behörde weiterzugeben. Die FMA hat daher im vorliegenden Verfahren das im FMAG vorgesehene Verfahren zur Informationsbeschaffung des Art. 27h Abs. 1 FMAG angewandt. Alsdann hatte die FMA gemäss Art. 27i FMAG die Genehmigung des Vollzugs der Amtshilfe beim zuständigen Richter des VGH beantragt, welche auch erteilt wurde.

¹⁵⁰ Ungeachtet der bereits anwendbaren Gesetzeslage wurde im Rahmen der Änderung des FMAG zum 1. Januar 2020 dem Art. 27h FMAG (Beschaffung von Informationen) folgender Absatz 5 zur Klarstellung hinzugefügt: Abs. 1 gilt sinngemäss für Informationen, die der FMA bereits bekannt sind oder vorliegen.

¹⁵¹ Gemäss BuA 78/2019 soll durch die «Ergänzung in Art. 27h Abs. 5 [...] aus verfahrenswirtschaftlichen Überlegungen der Verfahrensablauf gestrafft werden. Der FMA können aufgrund ihrer Aufsichtstätigkeit bestimmte Informationen bereits vorliegen. Wird in einem Ersuchen auf internationale Amtshilfe um Übermittlung solcher Informationen ersucht, ist das vollständige Durchlaufen der in Abs. 1 Bst. a bis d genannten Schritte nicht mehr notwendig, da die ersuchte Information der FMA ohnehin bereits vorliegt und nicht bei einem Informationsinhaber angefordert werden muss. Daher ist es in diesem Fall auch nicht notwendig, die Möglichkeit der Erlassung einer Vollstreckungsverfügung vorzusehen. Liegen der FMA die

ersuchten Informationen bereits vor, hat sie diejenige Person, bei der sie die betroffenen Informationen erlangt hat, unter Angabe der Informationen gemäss Abs. 1 Bst. a und der Mitteilung gemäss Abs. 1 Bst. c auf die Möglichkeit einer schriftlichen Äusserung hinzuweisen. Nach Eingang dieser Äusserung oder Verstreichen der Frist gemäss Abs. 1 Bst. b hat die FMA den nächsten Verfahrensschritt einzuleiten und nach Art. 27i [richterliche Überprüfung] weiter vorzugehen.»

ANHANG

Stichwortverzeichnis

Die Zahlen verweisen auf die Randziffern des Textes.

Amtshilfe, international	147 ff.	Verfügungen	
		– Entzug der aufschiebenden Wirkung	17
Banken		– Zuständigkeiten	31 ff., 146
– Anordnung von Sanierungsmassnahmen	1 ff.	– Kosten einer Sorgfaltspflichtkontrolle	136 ff.
– Eigenmittelvorschriften	3 ff., 7, 18 ff.	Versicherungen und Vorsorgeeinrichtungen	
– Einsetzen eines Beobachters	13 ff.	– Abschluss neuer	
– Entzug der aufschiebenden Wirkung	17	Versicherungsverträge	38 ff., 78 f.
– Konsolidiertes Kapital	18 ff.	– Berichterstattung	80 ff.
– Kreditobergrenze	6 ff.	– Governance	38 ff., 41 ff.
Geldwäschereiprävention und		– Kapitalanforderungen	38 ff., 53 ff.
Andere Finanzintermediäre		– Revisionsstelle	40
– Kosten einer Sorgfaltspflichtkontrolle	136 ff.	– Solvency II	38 ff., 52 ff.
– Organfunktion nach Art. 180a PGR	127 ff.	Vertrauensschutz	29 ff.
– Sorgfaltspflichten	91 ff., 127 ff.	Wertpapiere und Märkte	
– Treuhandgesellschaft/Treuhänder	91 ff., 123 ff.	– Alternative Investmentfonds	22 ff.
Rechtsbehelfe		– Einsetzung einer Prüfperson	31 ff.
(siehe auch Verfügungen)	34 ff., 136 ff.	– Zuständigkeit für Einspruch	
Sanierungsmassnahmen	1 ff.	und Beschwerde	34 ff.
Strafen,			
Strafzumessung	21, 34 ff., 90, 91 ff., 116 ff., 135		

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O./aaO	am angeführten Ort	EIOPA	European Insurance and Occupational Pensions Authority (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung)
Abs.	Absatz		
AG	Aktiengesellschaft		
AIF	Alternativer Investmentfonds		
AIFMG	Gesetz über die Verwalter alternativer Investmentfonds	Erw./Erwäg.	Erwägungsgrund
Anh	Anhang	EU	Europäische Union
Art.	Artikel	EWK	Europäischer Wirtschaftsraum
AZ	Aktenzeichen	EWRA	EWK-Agreement (EWK-Vertrag)
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Deutschland)	f(f).	(fort)folgende
BankG	Gesetz über die Banken und Wertpapierfirmen	FIU	Financial Intelligence Unit
BankV	Verordnung über die Banken und Wertpapierfirmen	FMA	Finanzmarktaufsicht Liechtenstein
BoS	Board of Supervisors	FMAG	Gesetz über die Finanzmarktaufsicht
Bst.	Buchstabe	FMA-AGV	FMA-Abgaben- und Gebührenverordnung
BuA	Bericht und Antrag	FMA-BK	FMA-Beschwerdekommision
bzw.	beziehungsweise	GGG	Gerichtsgebührengesetz
CHF	Schweizer Franken	i.d.F.	in der Fassung
CRD IV	Capital Requirements Directive (Eigenkapitalrichtlinie)	Inc./Inc	Incorporated
CRR	Capital Requirements Regulation (Kapitaladäquanzverordnung)	IOSCO	International Organization of Securities Commissions (Internationale Organisation der Wertpapieraufsichtsbehörden)
d.h.	das heisst		
DelVO	Delegierte Verordnung (EU)	IOSCO MMoU	Multilateral Memorandum of Understanding Concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information – International Organization of Securities Commissions
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation		
EFTA-GH	EFTA-Gerichtshof		

i.V.m./iVm	in Verbindung mit	SPV	Verordnung zum
JN	Jurisdiktionsnorm		Sorgfaltspflichtgesetz
LES	Liechtensteinische Entscheidungssammlung	StGB	Strafgesetzbuch
LG	Fürstliches Landgericht	StGH	Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein
LGBL	Liechtensteinisches Landesgesetzblatt	StPO	Strafprozessordnung
lit.	litera (Buchstabe)	TrHG	Gesetz über die Treuhänder
Ltd./Ltd	Limited	TrHPV	Treuhänderprüfungsverordnung
LVG	Gesetz über die allgemeine Landesverwaltungspflege	u.a.	unter anderem(n)
NAV	Net Asset Value (Nettoinventarwert)	UAbs.	Unterabsatz
Nr.	Nummer	UCITSG	Gesetz über bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren
PEP	Politisch exponierte Person	VersAG	Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen
PGR	Personen- und Gesellschaftsrecht	VersAV	Verordnung betreffend die Aufsicht über Versicherungs- unternehmen
Randnr.	Randnummer		
RL	Richtlinie	VGH	Verwaltungsgerichtshof
Rs.	Rechtssache	vgl.	vergleiche
Rz	Randziffer	VVG	Gesetz über die Vermögensverwaltung
S.	Seite		
SAG	Gesetz über die Sanierung und Abwicklung von Banken und Wertpapierfirmen	WPPG	Wertpapierprospektgesetz
SCR	Solvency Capital Requirement	WPRG	Gesetz über die Wirtschaftsprüfer und Revisionsgesellschaften
SEC	U.S. Securities and Exchange Commission	z.B.	zum Beispiel
sog.	sogenannt	Ziff.	Ziffer
SPG	Sorgfaltspflichtgesetz	ZPO	Zivilprozessordnung
		ZustG	Zustellungsgesetz

Herausgeber und Redaktion
Finanzmarktaufsicht Liechtenstein
Landstrasse 109
Postfach 279
9490 Vaduz
Liechtenstein

Telefon +423 2367373

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

Konzept und Gestaltung
Leone Ming Est., Markenagentur, Schaan

Die Publikation «FMA-Praxis» erscheint einmal jährlich.
Sie ist in deutscher Sprache auf der FMA-Website erhältlich.
Es erscheint keine gedruckte Version.

Ausgabedatum: Juni 2020