



**FMA**

Finanzmarktaufsicht  
Liechtenstein



**FMA-  
PRAXIS  
2021**

Informationen der FMA zu ihrer Aufsichtstätigkeit  
mit Entscheidungen und Beschlüssen



---

## **4 VORWORT**

---

## **6 BANKEN**

- 7 Wiedererwägungsgesuch; Antrag auf Abänderung einer bereits in Rechtskraft erwachsenen Entscheidung
- 9 Einsetzung eines Nachfolgeliquidators; fachliche und persönliche Anforderungen nach Bankengesetzgebung
- 12 Bestellung eines vorläufigen Verwalters nach SAG
- 20 Antrag auf Gewährung von Akteneinsicht bei fehlender Parteistellung
- 21 Antrag auf Entfernung einer Warnmeldung
- 24 Liquidation in Folge des Erlöschens der Bewilligung als E-Geld-Institut

---

## **28 ASSET MANAGEMENT UND MÄRKTE**

- 29 Kriterien eines öffentlichen Angebots von Wertpapieren
- 32 Verletzung von Meldepflichten

---

## **34 VERSICHERUNGEN UND VORSORGEINRICHTUNGEN**

- 35 Verletzung von Berichterstattungspflichten und Nichtnachkommen einer Verfügung der FMA
- 41 Amtshaftung von Versicherungsaufsichtsbehörden

---

## **46 GELDWÄSCHEREIPRÄVENTION UND ANDERE FINANZINTERMEDIÄRE**

- 47 Erfüllung der Sorgfaltspflichten nach Wegfall gemeinsamen Erbringens von Dienstleistungen
- 49 Ausübung von Tätigkeiten nach Art. 180a PGR durch Schweizer Staatsangehörige
- 52 Herstellung des rechtmässigen Zustandes; Abbruch der Geschäftsbeziehung
- 54 Sorgfaltspflichten nach Wegfall einer Bankbewilligung

---

## **58 ANHANG**

- 59 Stichwortverzeichnis
- 60 Abkürzungsverzeichnis

# VORWORT

Vaduz, Juni 2022

Die vorliegende FMA-Praxis gibt in anonymisierter Form Auskunft über Entscheidungen und Verfügungen der FMA sowie über Beschlüsse und Entscheidungen der FMA-Beschwerdekommision (FMA-BK), des Obergerichts (OG), des Obersten Gerichtshofes (OGH), des Verwaltungsgerichtshofs (VGH), des Staatsgerichtshofs (StGH) und des EFTA-Gerichtshofs, welche die Aufsichtsperiode 2021 betreffen. Mit der Beschreibung ausgewählter Verfahren legt die FMA dar, wie sie Aufsichtsrecht anwendet und auslegt. Sie schafft damit Transparenz und Berechenbarkeit für Finanzintermediäre und legt ihre Erwartungshaltung dar. In der Aufsichtsperiode 2021 sind für die FMA mehrere Entscheide von besonderer Relevanz für die weitere Aufsichtspraxis gefällt worden.

Erstmals sah sich die FMA veranlasst, einen vorläufigen Verwalter für eine Bank nach dem Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG) zu bestellen. Auf Grund des festgestellten Frühinterventionsbedarfs hat die FMA den Verwaltungsrat zur Erarbeitung einer Situationsanalyse samt Handlungsoptionen unter Einbezug und Zusammenarbeit mit dem vorläufigen Verwalter verpflichtet. Die FMA-BK bestätigte das Vorliegen des Frühinterventionsbedarfs und die Bestellung des vorläufigen Verwalters als einzig wirksame Massnahme, mit welcher die Privatautonomie der Bank so weit als möglich gewahrt worden sei. Zudem billigte die FMA-BK die Veröffentlichung der Einsetzung des vorläufigen Verwalters auf der Website der FMA.

Erstmals setzte die FMA bei einer ehemaligen Bank während einer bereits fortgeschrittenen freiwilligen Liquidation einen Nachfolgeliquidator behördlich ein. Dabei stellte die FMA klar, dass ein Liquidator persönlich und fachlich zur Abwicklung von Bankgeschäften geeignet sein muss.

In einem Amtshaftungsverfahren gegen die FMA wurde erstmals der Schutzzweck des europäischen Versicherungsaufsichtsrechts (Solvency II) und damit die Frage der Amtshaftung von Versicherungsaufsichtsbehörden im EWR geklärt. Die Entscheide des EFTA-Gerichtshofs und des OGH sind für die FMA – ebenso wie für alle Versicherungsaufsichtsbehörden im EWR – von besonderer Relevanz. Bislang lag im EWR vergleichbare Judikatur ausschliesslich zum Bankaufsichtsrecht vor.

Im Bereich des Sorgfaltspflichtrechts wurde in einem Entscheid klargestellt, dass ein Sorgfaltspflichtiger auch im Falle eines Bewilligungsverzichts und in Folge einer Liquidation weiterhin dem Sorgfaltspflichtgesetz unterstellt ist und die Sorgfaltspflichten wahrzunehmen sind.

Ende 2021 führte die FMA 39 Verwaltungsverfahren, 22 Verwaltungsstrafverfahren und Vorerhebungen in 21 Fällen. 121 Verfahren bzw. Vorerhebungen konnten im Jahr 2021 abgeschlossen werden. 2021 verhängte die FMA 37 rechtskräftige Bussen in der Höhe von insgesamt CHF 746 000.



Dr. Christian Batliner  
Präsident des Aufsichtsrats



Mario Gassner  
Vorsitzender der Geschäftsleitung

**BANKEN**

## WIEDERERWÄGUNGSGESUCH; ANTRAG AUF ABÄNDERUNG EINER BEREITS IN RECHTSKRAFT ERWACHSENEN ENTSCHEIDUNG

<sup>1</sup> Die X AG ist ein im Handelsregister eingetragenes Unternehmen mit Sitz in Vaduz. Zweck der Gesellschaft ist der gewerbsmässige Betrieb eines multilateralen Handelssystems («MTF») im Sinne des Bankengesetzes und die Erbringung der damit verbundenen Dienstleistungen.

<sup>2</sup> Mit Verwaltungsbot vom 9. April 2020 wurde der X AG eine Bewilligung als Wertpapierfirma mit der Wertpapierdienstleistung «Betrieb eines MTF» gestützt auf das BankG unter aufschiebenden Bedingungen und Auflagen erteilt. Die Fristen für die Erfüllung der Bedingungen wurden mit 31. August 2020 bzw. 30. Dezember 2020 festgesetzt. Das Verwaltungsbot blieb zunächst unbekämpft. Die aufschiebenden Bedingungen wurden von der Antragstellerin grösstenteils fristgerecht erfüllt.

<sup>3</sup> Mit Schreiben vom 26. Januar 2021 hat die X AG bei der FMA eine Vorstellung bzw. ein Wiedererwägungsgesuch (Art. 89 LVG), im Falle des Nichteintretens den Antrag auf Ausfertigung einer Entscheidung oder Verfügung, aus welcher die Gründe für das Nichteintreten ersichtlich sind, sowie in eventu einen Antrag auf Abänderung des Verwaltungsbots vom 9. April 2020 eingereicht. Konkret wurde die Ausfertigung einer rechtsmittelfähigen Entscheidung zu den gestellten Anträgen begehrt. Letztere betrafen eine angestrebte Umformulierung einzelner Bedingungen und Auflagen im Verwaltungsbot, insbesondere betreffend die Verpflichtung zu einer Einbuchung von übertragbaren Wertpapieren im Effektingiro bei einem Zentralverwahrer. Überdies stellte die X AG Anträge auf Akteneinsicht und Fristverlängerung.

<sup>4</sup> Mit Verwaltungsbot vom 1. März 2021 trat die FMA auf die Anträge der X AG nicht ein bzw. wies diese ab.

<sup>5</sup> Die FMA tritt auf die «selbständige Vorstellung» (Wiedererwägungsgesuch) nach Art. 89 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 LVG nicht ein (Nichteintretensentscheid). Sie entscheidet in der Sache selbst nicht und hält fest:

*«Die FMA ist gemäss Spruchpunkt 1 auf die Vorstellung nicht eingetreten und hat demnach in der Sache selbst nicht entschieden. Nach der Judikatur und Literatur besteht kein Anspruch auf materielle Behandlung einer Vorstellung. Insofern kann auch kein Anspruch auf Ausfertigung einer Entscheidung oder Verfügung bestehen, aus welcher die Gründe für das Nichteintreten ersichtlich sind. Auch nach der Judikatur und Literatur kann ein – wie im Spruchpunkt 1 getroffener – Nichteintretensentscheid (ohne Begründung) gefällt werden. Die Ablehnung des Antrages ist daher einem Rechtsmittel nicht zugänglich (vgl insbesondere: StGH 3.10.1994, StGH 1994/014, LES 1995 7; Kley, Grundriss des liechtensteinischen Verwaltungsrechts, 1998, S. 277 ff).»*

<sup>6</sup> Den Antrag auf Abänderung des Verwaltungsbots vom 9. April 2020 weist die FMA mit eingehender Begründung ab.

<sup>7</sup> In erster Linie, so die FMA, sei der Abänderungsantrag mangels Antragsrechts als unbegründet abzuweisen. Die FMA führt dazu aus:

*«Der VGH hält in der Entscheidung VGH 2020/031 (VGH 24.04.2020, 2020/031) fest, dass es anhand der gesetzlichen Bestimmungen zu beurteilen ist, ob ein Verwaltungsverfahren von Amts wegen und / oder auf Antrag einzuleiten und durchzuführen ist (vgl auch öVwGH 15.09.2009, 2008/06/0016, VwSlg 17745, A/2009). Das BankG sieht neben umfangreichen Aufsichtsbefugnissen der FMA und Verpflichtungen der beaufsichtigten Unternehmen sowie entsprechenden Straftatbeständen nur sehr eingeschränkt ein derartiges Antragsrecht vor; dies beispielsweise zur Erlangung der Bewilligung oder aber auch auf Herabsetzung des Kapitalerfordernisses gemäss den Voraussetzungen der CRR (bspw. Art. 77 f zur Verringerung der Eigenmittel).*

<sup>8</sup> Auf die Ausübung des behördlichen Aufsichtsrechtes besteht jedoch kein Rechtsanspruch; dessen Ausübung kann folglich zwar angeregt, nicht aber – mittels eines formellen Antrages – erzwungen werden (vgl. öVwGH 24.02.2004, 2004/05/0022).

<sup>9</sup> Auch wenn die Verfahren zur nunmehr bekämpften Entscheidung nicht amtswegig, sondern auf Antrag auf Bewilligungserteilung eingeleitet wurde[n], so sehen weder das BankG noch das FMAG ein Antragsrecht zur Abänderung irgendeiner Bewilligungsvoraussetzung oder Bedingung vor. Eine Abänderung kann nur mittels materiengesetzlicher Ermächtigungen erfolgen (Hengstschläger/Leeb, AVG § 68 Rz 6/6).»

<sup>10</sup> Unter Beachtung der Rechtsgrundsätze nach Art. 87 LVG hat eine Behörde einen Antrag auf Abänderung wegen entschiedener Sache («res iudicata») zurückzuweisen. Die FMA hält fest:

«Bei der Beurteilung der ›Identität der Sache‹ ist in primärer Betrachtungsweise festzustellen, ob in den entscheidungsrelevanten Fakten eine wesentliche Änderung eingetreten ist (öVwGH 22. 11. 2004; 2001/10/0035). Die Behörde hat die Identität der Sache im Vergleich mit dem im Vorbescheid angenommenen Sachverhalt im Lichte der darauf angewendeten (insb materiell-rechtlichen) Rechtsvorschriften zu beurteilen und sich damit auseinanderzusetzen, ob sich an diesem Sachverhalt oder seiner ›rechtlichen Beurteilung‹ (an der Rechtslage) im Zeitpunkt ihrer Entscheidung über den neuen Antrag eine wesentliche Änderung ergeben hat (öVwGH 31. 3. 2005, 2003/20/0536; Hengstschläger/Leeb, AVG § 68, Rz 24).

<sup>11</sup> ›Identität der Rechtslage‹ liegt vor, wenn seit Erlass der Entscheidung, dessen Abänderung begehrt wird, in den die Entscheidung tragenden Normen, in der Rechtslage, auf welche die Behörde die Entscheidung gestützt hat (öVwGH 29. 11. 1988, 87/12/0004; 25. 4. 2003, 2000/12/0055), keine wesentliche, dh den Erlass einer inhaltlich anders lautenden Entscheidung ermögli-

chende oder gebietende Modifikation eingetreten ist (Hengstschläger/Leeb, AVG § 68, Rz 32). Bedeutsam kann weiters nur eine Änderung der massgeblichen Rechtsvorschriften selbst sein, nicht aber eine bloße Änderung in der interpretativen Beurteilung eines Rechtsbegriffs oder einer Rechtsvorschrift bei unverändertem Normenbestand (VwGH 15. 6. 1988, 88/01/0056; 24. 6. 2014, Ro 2014/05/0050). Nur wenn sich die Rechtslage geändert hat und aufgrund der veränderten Rechtslage ein anderes Sachergebnis möglich ist, liegt keine Identität der Sache mehr vor (Hengstschläger/Leeb, AVG § 68, Rz 33). Wie der öVfGH betont, ist die Frage, ob entschiedene Sache wegen ›Identität der Rechtslage‹ vorliegt, nicht anhand der einschlägigen materiellen Rechtsvorschriften, sondern ausschliesslich aufgrund jener Rechtslage zu beurteilen, die im angefochtenen Bescheid ›angenommen worden war‹ (Hengstschläger/Leeb, AVG § 68, Rz 34).»

<sup>12</sup> Im Einzelnen weist die FMA die Behauptung der X AG zurück, es hätten sich gegenüber den eingereichten Antragsunterlagen in der Zwischenzeit erhebliche Änderungen ergeben. Die FMA hatte bei der ursprünglichen Antragstellung bereits rechtskräftig über Bedingungen im Zusammenhang mit der angestrebten Geschäftstätigkeit entschieden. Insofern lag in diesem Umfang Sach- und Rechtsidentität vor.

<sup>13</sup> Andere Rechtsgrundlagen für die begehrte Abänderung (etwa Wiedereinsetzung oder Wiederaufnahme auf Parteienantrag oder von Amtes wegen) waren nicht gegeben.

<sup>14</sup> Nicht begründet waren die (erneuten) Anträge auf Fristverlängerung, zumal die X AG ein Fristversäumnis selbst verschuldet hatte, sowie auf weitere Akteneinsicht. Bezüglich der letzteren hielt die FMA in Beachtung der Rechtsprechung des VGH fest, dass zumal bei eigenständiger Rechtsanalyse durch die FMA der verfahrensbezogenen Akteneinsicht Grenzen zu ziehen sind:



«[Ein] Gutachten, ein sonstiger Austausch mit anderen Behörden oder andere begehrte Unterlagen wurden im Zuge der laufenden Aufsicht der FMA und weder anlassbezogen noch verfahrensbezogen eingeholt bzw. durchgeführt. In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, dass der VGH unter ‚prudentieller Aufsicht‘ die umfassende, laufende, dauerhafte Aufsicht versteht, in der Verfahrensparteien keine Parteistellung haben und diesen somit auch kein Akteneinsichtsrecht zukommt (StGH 12.05.2020, StGH 2019/101 vgl. dort: Rz 2.2.2.).

[...]

<sup>15</sup> *Recherchearbeiten, die die FMA im Zuge ihrer laufenden Aufsicht betreibt, sei es die Beschaffung von Kommentaren, die einseitige Einholung von Rechtsgutachten ohne sich darauf im Weiteren zu stützen, das Sammeln von Zeitschriften, das Ausheben von Judikaten udgl kann nicht Teil der Akteneinsicht sein.»*

<sup>16</sup> **Anmerkung der FMA:** Dieser Entscheid ist für die FMA von besonderer Relevanz, da erstmals über mehrere Anträge entschieden wurde, die eine Abänderung einer bereits in Rechtskraft erwachsenen Entscheidung zum Inhalt hatten. Mit der genannten Entscheidung trat die FMA auf eine (selbständige) Vorstellung (Wiedererwägungsgesuch) nicht ein, lehnte die Anträge auf Begründung der Vorstellung im Falle des Nicht-eintretens, auf Abänderung der Verfügung sowie auf Fristverlängerung ab und gab auch dem Akteneinsichtsbegehren nicht statt.

Hintergrund ist die Nichterfüllung einer aufschiebenden Bedingung, die im Rahmen eines Bewilligungsverfahrens einer Wertpapierfirma, die den Betrieb eines MTF beabsichtigte, im entsprechenden Verwaltungsbotschaft ausgesprochen und auch rechtskräftig wurde.

## EINSETZUNG EINES NACHFOLGE-LIQUIDATORS; FACHLICHE UND PERSÖNLICHE ANFORDERUNGEN NACH BANKENGESETZGEBUNG

<sup>17</sup> Die hier anzuzeigende Verfügung stellt gleichsam eine Fortsetzung des Verfahrens dar, in welchem die FMA über die Aufgaben des Liquidators bei der Liquidation der X Bank AG i.L. zu befinden hatte (vgl. FMA-Praxis 2020 S. 14 ff.).

<sup>18</sup> Die Liquidatorin der X Bank AG i.L. erklärte ihren Rücktritt vom Amt. Im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes wurde der Generalversammlung der X Bank AG i.L. vor der behördlichen Einsetzung eines Liquidators die Möglichkeit der Bestellung einer unabhängigen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mit einer Bewilligung nach Art. 12 WPG oder unabhängigen Revisionsstelle für Banken und Wertpapierfirmen mit einer Anerkennung nach Art. 37 BankG eingeräumt. Nachdem die Generalversammlung keinen Gebrauch von dieser Möglichkeit gemacht hatte, setzte die FMA mit Verfügung die Y AG als Liquidatorin der X Bank AG i.L. behördlich ein. Die Verfügung erging gestützt auf Art. 4 FMAG und Art. 27 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 28 Abs. 5 BankG in der damals geltenden Fassung.

<sup>19</sup> In derselben Verfügung untersagte die FMA dem von einzelnen Aktionären als neue Liquidatorin vorgeschlagenen Unternehmen Z die Abwicklung der Bankgeschäfte der X Bank AG i.L. mit sofortiger Wirkung. Zur Begründung dieses Entscheids führte die FMA unter eingehender Prüfung von Organisation und Personal der Z Unternehmung aus, diese sei weder persönlich noch fachlich zur Abwicklung der Bankgeschäfte der X Bank AG i.L. geeignet.

<sup>20</sup> In grundsätzlicher Hinsicht hält die FMA zu den Anforderungen an den Liquidator Folgendes fest:

«Art. 28 Abs. 5 und 6 BankG, welche die FMA auf den gegenständlichen Fall des Bewilligungsverzichts analog anwendet [...], sieht keine konkreten Anforderungen an den Liquidator vor. Die konkreten Anforderungen an den Liquidator sind daher nicht gesetzlich normiert, sondern hat die FMA im konkreten Fall festzulegen, sofern dies für die Durchführung der Liquidation und Abwicklung der Bankgeschäfte erforderlich ist.

<sup>21</sup> Das liechtensteinische Bankenaufsichtsrecht enthält jedoch an anderen Stellen gesetzliche Vorgaben für die erforderliche Fachkompetenz von Liquidatoren und Verwaltern von Banken. Art. 55 BankG regelt die Bestellung von Bankliquidatoren im Falle der Eröffnung des Konkursverfahrens durch das Landgericht. Als Bankliquidatoren können natürliche oder juristische Personen bestellt werden, die über entsprechendes Fachwissen im Banken- und Wertpapierrecht sowie im Insolvenzrecht verfügen (Art. 55 Abs. 2 BankG). Die Bankliquidatoren haben sodann von der Bank oder Wertpapierfirma unabhängig zu sein. Bei der Auswahl der Bankliquidatoren steht dem Landgericht ein erhebliches Ermessen zu. In der Praxis wird das Landgericht auf einen Pool von geeigneten Anwälten und Treuhandfirmen zurückgreifen, die ihre Bewerbung bereits zu einem früheren Zeitpunkt eingereicht haben. Da die Bestellung der Bankliquidatoren mit der Eröffnung des Konkursverfahrens einhergeht, kann in diesem Zeitpunkt nicht noch ein aufwändiges Auswahlprozedere stattfinden (BuA 2016/92, 174 zu Art. 55 BankG). Art. 55 BankG setzt die Richtlinie 2014/59/EU zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen (Bankensanierungs- und Abwicklungsrichtlinie, «BRRD») um. Nach Art. 35 Abs. 1 Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG) hat der vorläufige Verwalter über die für die Ausübung seiner Funktionen erforderlichen Qualifikationen, Fähigkeiten und Kenntnisse zu verfügen. Es dürfen bei ihm keine Interessenkonflikte gegeben sein. Art. 35 SAG

setzt wiederum Art. 29 BRRD um. Nach den europäischen Vorgaben haben Bankliquidatoren und vorläufige Verwalter von Banken daher fachlich geeignet und unabhängig zu sein.

<sup>22</sup> Der Liquidator der [X] Bank AG i.L. ist das einzige Verwaltungsorgan der in Liquidation befindlichen Gesellschaft (Art. 131 Abs. 3 Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR)). Der Liquidator ersetzt damit den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung der [X] Bank AG i.L. und übernimmt alle Kompetenzen, welche diese bis zur Liquidation der [X] Bank AG i.L. übernommen haben. Die Aufgaben als Liquidator sind daher mit den Aufgaben des ehemaligen Verwaltungsrats und der ehemaligen Geschäftsleitung der [X] Bank AG i.L. vergleichbar. Dies mit der Einschränkung, dass die [X] Bank AG i.L. nur mehr jene Tätigkeiten iSd Art. 3 BankG ausüben darf, welche für die Abwicklung erforderlich sind. Der Liquidator der [X] Bank AG i.L. hat die bestehenden Bankgeschäfte abzuwickeln und keine Neugeschäfte abzuschliessen. Nichtsdestotrotz bedarf die Abwicklung der bestehenden Bankgeschäfte besonderer fachlicher Kompetenzen des Liquidators, welche mit den notwendigen Fachkenntnissen der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrats vergleichbar sind. Schliesslich handelt es sich bei der Abwicklung von Bankgeschäften um Aufgaben, welche die Verwaltungsorgane mit dem Personal der Bank bei Beendigung von Kundenbeziehungen wahrnehmen müssen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die [X] Bank AG i.L. über kein Personal mehr verfügt und der Liquidator der [X] Bank AG i.L. sohin die Aufgaben des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Personals in Zusammenhang mit der Abwicklung der Bankgeschäfte übernehmen muss.

<sup>23</sup> Nach Art. 19 BankG müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung sowie der Leiter der internen Revision einer Bank oder Wertpapierfirma in fachlicher und persönlicher Hinsicht jederzeit Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Gemäss Art. 29 Abs. 1 BankV müssen die für den Verwaltungsrat, die Leitung der internen Revision und des Risikoaus-

schusses sowie die für die Geschäftsleitung vorgesehenen Personen aufgrund ihrer Ausbildung und ihrer bisherigen Laufbahn fachlich für die vorgesehene Aufgabe ausreichend qualifiziert sein. Nach Art. 29 Abs. 2 BankV berücksichtigt die FMA für die Bemessung der Anforderungen unter anderem den sachlichen und geografischen Geschäftskreis und die Organisation der Bank oder Wertpapierfirma. Bei der Beurteilung der vorgesehenen Personen kann die FMA den Lebenslauf, Ausbildungs- und Arbeitszeugnisse sowie Referenzen beziehen (Art. 29 Abs. 4 BankV). Nach Ansicht der FMA sind diese fachlichen Anforderungen aus den vorgenannten Gründen für Liquidatoren ehemaliger Banken, welche die Aufgaben des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung unter Bedachtnahme auf den Status der Liquidation übernehmen, relevant. Zur Wahrung des Kundenschutzes muss auch der Liquidator der [X] Bank AG i.L. jederzeit Gewähr für eine einwandfreie Liquidationstätigkeit bieten und persönlich und fachlich zur Abwicklung der Bankgeschäfte geeignet sein. Ferner müssen Leitungsorgane einer Bank grundsätzlich unvoreingenommen und unabhängig sein. Gemäss Art. 22 Abs. 6 BankG handelt jedes Mitglied des Verwaltungsrats aufrichtig, integer und unvoreingenommen, um die Entscheidungen der Geschäftsleitung wirksam zu beurteilen und diese wirksam zu kontrollieren. Nach der EBA-Leitlinie EBA/GL/2017/12 zur Bewertung der Eignung von Mitgliedern des Leitungsorgans und Inhabern von Schlüsselfunktionen sind persönliche oder berufliche Beziehungen zu den Eigentümern von qualifizierten Beteiligungen am Institut bei der Bewertung des Bestehens von Interessenskonflikten zu berücksichtigen (EBA-Leitlinie EBA/GL/2017/12, Ziffer 79 ff, insbesondere Ziffer 84). Auf Grund der Funktion des Liquidators, welche mit der Funktion als Verwaltungsrat und Geschäftsleiter vergleichbar ist, sind diese Vorschriften für die Beurteilung der Gewähr des Liquidators zu berücksichtigen.

<sup>24</sup> Aus den vorgenannten Gründen entspricht es der Aufsichtspraxis der FMA, dass die persönliche und fachliche Eignung des Liquidators eines Instituts, welches

über eine Bankbewilligung verfügte, zur Abwicklung der Bankgeschäfte gegeben sein muss. Das Erfordernis der Gewähr des Liquidators einer ehemaligen Bank, im konkreten Fall der [X] Bank AG i.L., deckt sich mit der Schweizer, österreichischen und deutschen Rechtslage».

<sup>25</sup> Hinsichtlich der fachlichen Eignung musste festgestellt werden, dass die zuständigen Mitarbeitenden der Z Unternehmung über keine relevante banktheoretische und bankpraktische Ausbildung und Berufserfahrung im Bankwesen verfügten, weshalb die fachliche Eignung zu verneinen war. Dazu kam, dass die X Bank AG i.L. kein Personal mehr hatte und der Liquidator daher sämtliche Aufgaben der Abwicklung der Bankgeschäfte ohne Unterstützung des Personals der Bank wahrnehmen musste. Am Ergebnis konnte auch die Tatsache nichts ändern, dass die Z beabsichtigte, bei Bedarf fachlich ausgewiesene Drittpersonen zur Unterstützung beizuziehen. Das gänzlich fehlende Know-how im Bankwesen kann nicht durch Beauftragung von Dienstleistern kompensiert werden.

<sup>26</sup> Sodann musste die persönliche Eignung abgesprochen werden, da die Z Unternehmung nicht unabhängig vom Rechtsvertreter des Hauptaktionärs der X Bank AG i.L. war. Es konnte somit die Gefahr entstehender Interessenkonflikte auf Seiten der Z bei der Erfüllung ihrer Verpflichtung zu einer neutralen Durchführung der Liquidation im Interesse der X Bank AG i.L. nicht ausgeschlossen werden.

<sup>27</sup> Vor Einsetzung der neuen Liquidatorin holte die FMA Mandatsangebote von mehreren bewilligten Wirtschaftsprüfungsgesellschaften nach Art. 12 WPG und Revisionsstellen für Banken und Wertpapierfirmen nach Art. 37 BankG ein. Nach sorgfältiger Prüfung der eingeholten Mandatsangebote nach verschiedenen Kriterien setzte die FMA die Y AG als Liquidatorin der X Bank AG i.L. ein.

<sup>28</sup> Mit einem ausdrücklichen Spruchpunkt (Nr. 3) stellte die FMA klar, dass die frühere Verfügung der FMA in der gleichen Sache (vgl. FMA-Praxis 2020 S. 14 ff.) unberührt bleiben sollte. Danach ändern sich die Kompetenzen der FMA, wie etwa das Überwachungs- und Weisungsrecht gegenüber dem Liquidator, durch einen Wechsel des Liquidators nicht.

<sup>29</sup> Die FMA entzog der Verfügung die aufschiebende Wirkung; dazu hielt die FMA fest:

*«Nach Art. 88 Abs. 2 iVm Art. 116 Abs. 8 LVG liegt die Entscheidung über die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels bei der erstinstanzlichen oder verfügenden Behörde. Die FMA ist in erster Instanz für den Vollzug des BankG zuständig. Die Entscheidung über die aufschiebende Wirkung liegt daher bei der FMA. Im Sinne von Art. 116 Abs. 3 lit. a LVG kommt der Anfechtung einer verwaltungsbehördlichen Entscheidung die aufschiebende Wirkung nicht zu, wenn der sofortige Vollzug derselben durch ein von Amtes wegen zu wahrendes öffentliches Interesse geboten erscheint.»*

<sup>30</sup> *Die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels in Bezug auf die Spruchpunkte 1. bis 4. ist zur Wahrung der auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen (insbesondere Kunden- und Gläubigerschutz, Schutz des Finanzplatzes und Sicherung des Vertrauens in das liechtensteinische Geld-, Wertpapier- und Kreditwesen) geboten. Um ihre angedachte Wirkung zu entfalten, ist nämlich eine sofortige Untersagung der Abwicklung der Bankgeschäfte durch das [Unternehmen Z] und behördliche Einsetzung eines Liquidators der [X] Bank AG i.L. erforderlich. Ein Gewähren der aufschiebenden Wirkung hätte eine nicht zu vereinbarende Verzögerung zur Folge, welche im äussersten Fall die Schädigung von Gläubigern und Kunden einerseits sowie des gesamten Finanzplatzes Liechtenstein andererseits, insbesondere in Bezug auf seine Reputation, zur Folge haben könnte.»*

<sup>31</sup> **Anmerkung der FMA:** Im vorliegenden Fall setzte die FMA erstmals einen Nachfolgeliquidator während einer bereits fortgeschrittenen Liquidation einer ehemaligen Bank, welche auf ihre Bewilligung verzichtet hatte, behördlich ein. Dabei stellte die FMA klar, dass ein Liquidator persönlich und fachlich zur Abwicklung von Bankgeschäften geeignet sein muss, und begründete dies in den Entscheidungsgründen ausführlich.

Da die FMA die Eignung des beabsichtigten Nachfolgeliquidators, welcher gegenüber der FMA bereits als Liquidator aufgetreten war, aus mehreren Gründen verneinte, untersagte die FMA diesem die Abwicklung der Bankgeschäfte und setzte einen fachlich und persönlich geeigneten Nachfolgeliquidator behördlich ein.

### BESTELLUNG EINES VORLÄUFIGEN VERWALTERS NACH SAG

<sup>32</sup> Die FMA sah sich veranlasst, gegen die X Bank mittels vorläufigem Verwaltungsbots (einstweilige Verfügung) zu entscheiden und für sie einen vorläufigen Verwalter zu bestellen. Die Verfügung hat folgenden Wortlaut:

<sup>33</sup> «1. Die FMA bestellt mit sofortiger Wirkung für die [X] AG gemäss Art 35 Abs 1 und Abs 2 SAG iVm Art 48 Abs 3 und Art 116 Abs 3 lit a LVG die [Y AG] als vorläufigen Verwalter, der nunmehr mit dem Verwaltungsrat der [X] AG zusammenarbeitet.

2. Der Verwaltungsrat der [X] AG ist unter Einbezug und Zusammenarbeit mit dem vorläufigen Verwalter iSd Art 33 Abs 1 lit b SAG iVm Art 35 Abs 2 und Abs 3 SAG mit sofortiger Wirkung verpflichtet,

a. umgehend eine umfassende Analyse der Situation vorzunehmen und diese sowohl dem Aktionär (Eigentümer) der [X] AG als auch der FMA

- binnen zwei Monaten vorzulegen. Dabei hat der Verwaltungsrat unter Einbezug und Zusammenarbeit mit dem vorläufigen Verwalter auch das Gespräch mit der internen und externen Revisionsstelle zu suchen und diese in seiner Stellungnahme zu berücksichtigen. Diese Situationsanalyse hat mindestens Folgendes zu umfassen:
- i. Beurteilung des Geschäftsmodells samt der Geschäftsstrategie und den damit verbundenen Risiken;
  - ii. Beurteilung der Angemessenheit der organisatorischen Anforderungen gemäss Art 22 Abs 1 BankG iVm Art 31a Abs 1 lit d, lit e und lit g BankV.
- b. binnen einem Monat ab Vorlage obiger Situationsanalyse an die FMA, eine Stellungnahme sowohl an den Aktionär (Eigentümer) der [X] AG als auch an die FMA zu erstatten, in der etwaige Handlungsoptionen samt Zeitplan für deren Durchführung aufzuzeigen sind und dabei folgender Mindestinhalt berücksichtigt wird:
- i. Umsetzung der/einer Strategie samt damit zusammenhängender Budget- und Investitionsplanung;
  - ii. Sollte der Aktionär die Umsetzung der/einer Strategie nicht unterstützen, so sind binnen einem Monat weitere Handlungsoptionen wie ein Verkauf des Institutes oder andere zu beurteilen und diese wiederum sowohl dem Aktionär (Eigentümer) der [X] AG als auch der FMA mitzuteilen.
3. Der vorläufige Verwalter ist iSd Art 35 Abs 2 und Abs 3 SAG verpflichtet,
- a. sofern und soweit es ihm möglich ist, die Kommunikation der [X] AG mit dem Aktionär (Eigentümer), dessen Vertreter, deren wirtschaftlichen Eigentümer und ihm nahestehende Personen sowie potentielle oder bestehende Interessenkonflikte in den Leitungsorganen der [X] AG, insbesondere zwischen den Leitungsorganen und dem Aktionär (Eigentümer), zu beobachten; sowie
  - b. die dauerhafte Einhaltung der Funktionentrennung zwischen dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung iSd Art 22 Abs 2 lit a und lit b und Abs 4 BankG und Art 23 Abs 2 lit a BankG zu überwachen.
4. Dem vorläufigen Verwalter kommen iSd Art 35 Abs 2 SAG mit sofortiger Wirkung insoweit Befugnisse zu, als dass
- a. er bei allen Beschlüssen des Verwaltungsrates ein Vetorecht einlegen kann, von diesem binnen 5 Tagen ab Kenntnis des jeweiligen Beschlusses Gebrauch zu machen ist;
  - b. alle anderen Handlungen des Verwaltungsrates wie Anordnungen, Vertragsabschlüsse, Weisungen oder dergleichen, die nicht vorgängig mittels Beschlussfassung erfolgten, seiner ausdrücklichen und vorgängigen Zustimmung bedürfen;
  - c. er neben den bisherigen Berechtigten unter Einhaltung einer zwanzigtägigen Frist eine Generalversammlung samt Festlegung der Tagesordnung einberufen kann, sofern es seiner Ansicht erforderlich ist und die vorherige Zustimmung der FMA iSd Art 35 Abs 6 Satz 2 SAG vorliegt;
  - d. er bei sämtlichen Verwaltungsratssitzungen oder anderen Besprechungen des Verwaltungsrates der [X] AG anwesend sein darf;

- e. er auch selbst unter schriftlicher Angabe von Gründen Verwaltungsratssitzungen einberufen darf, sofern er dies für erforderlich erachtet; sowie
- f. er in sämtlichen physischen und elektronischen Dokumenten, Unterlagen oder sonstige Korrespondenzen der Leitungsorgane der [X]AG oder der Bank selbst betreffend, des Aktionärs (Eigentümers), dessen Vertreter, deren wirtschaftlichen Eigentümer und ihm nahestehende Personen vollumfänglich Einsicht nehmen darf.
5. Der Verwaltungsrat der [X]AG darf iSd Art 35 Abs 2 BankG iVm Art 35 Abs 2 SAG Verwaltungsratssitzungen nur mehr im Beisein des vorläufigen Verwalters abhalten und ist verpflichtet, sämtliche ausserhalb von Verwaltungsratssitzungen getroffene Beschlüsse dem vorläufigen Verwalter unverzüglich zur Kenntnis bringen.
6. Der vorläufige Verwalter hat iSd Art 35 Abs 7 SAG Berichtspflichten gegenüber der FMA [...]»

<sup>34</sup> Des Weiteren befristete die FMA die Bestellung des vorläufigen Verwalters auf ein Jahr und behielt sich das Recht vor, den Umfang der auf den Verwalter übertragenen Rechte und Pflichten situationsbedingt anzupassen. Gestützt auf Art. 21a Abs. 2 Bst. a und Bst. c FMAG ordnete die FMA eine Bekanntmachung der Bestellung des vorläufigen Verwalters auf ihrer Website an.

<sup>35</sup> Die X AG ist eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft nach liechtensteinischem Recht. Sie wird über mehrere Beteiligungsstufen zu 100% von der X Ltd. gehalten. Die X Bank hat sich auf die Bereiche «Private Banking» und «Institutionelle Kunden» spezialisiert.

<sup>36</sup> Die FMA hatte im Jahr 2020 formell ein Verfahren gegen die X Bank eingeleitet, in welchem überprüft werden sollte, ob die Voraussetzungen für eine Bewilligungserteilung noch erfüllt waren und, namentlich, die Aktionärin und die Organe der X Bank den gesetzlichen Vorgaben entsprachen.

<sup>37</sup> Weil in der Vergangenheit verwaltete Kundenvermögen in erheblichem Umfang abgezogen worden waren, entstanden der Bank signifikante Verluste. Es war wahrscheinlich, dass auch in Zukunft solche Verluste anfallen würden.

<sup>38</sup> Die FMA musste bei der X Bank erhebliche organisatorische und personelle Mängel feststellen. Sowohl auf der Ebene der Leitungsorgane als auch in anderen Bereichen herrschte eine äusserst starke Fluktuation. In der Compliance war ein deutlicher Nachholbedarf auszumachen. Der Eigentümer der Bank kontrollierte und steuerte die X Bank über die nicht unabhängigen Mitglieder des Verwaltungsrats. Die Trennung der Zuständigkeiten zwischen Geschäftsleitung und Verwaltungsrat verschwamm zusehends.

<sup>39</sup> Der Verwaltungsrat beschloss, dass die X Bank ihr Bankgeschäft einstellen sollte. Ein Beschluss auf Liquidation sowie ein Antrag auf entsprechende Statutenänderung lag bis zur Entscheidung durch die FMA jedoch nicht vor.

<sup>40</sup> Den Erlass eines vorläufigen Verwaltungsbots stützte die FMA auf Art. 48 Abs. 3 LVG. Ein solches ist vor Einleitung des ordentlichen Verwaltungsverfahrens oder während desselben zur vorläufigen Regelung einer Verwaltungssache, zur vorläufigen Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Zustandes oder zur Abwendung eines drohenden erheblichen Nachteils zulässig.

<sup>41</sup> In materieller Hinsicht stellt die FMA gestützt auf den geschilderten Sachverhalt das Vorliegen eines Frühinterventionsbedarfs nach Art. 33 Abs. 2 SAG fest. Liegt ein solcher vor, postuliert Art. 33 Abs. 1 SAG, dass die FMA zumindest eine oder mehrere Frühinterventionsmassnahmen anordnen kann. Gemäss Art. 35 Abs. 1 und Abs. 5 SAG kann die FMA einen oder mehrere vorläufige Verwalter für das Institut bestellen, wenn die Neubesetzung der Geschäftsleitung oder des Leitungsorgans nach Art. 34 SAG nicht ausreicht, um Abhilfe zu schaffen. Dazu führt die FMA aus:

«Aus der Dogmatik des Gesetzes ergibt sich, dass die Massnahmen im SAG hierarchisch zu lesen sind, sodass die Massnahme des vorläufigen Verwalters nur dann zu ergreifen ist, wenn weder die Massnahmen nach Art 33 SAG noch die Abberufung der Geschäftsleitung oder des Leitungsorgans ausreicht, um Abhilfe zu schaffen (vgl BuA Nr. 92/2016, Seite 75f; Art 29 iVm Art 28 RL 2014/59/EU). Diese rechtliche Kaskade untersagt jedoch nicht die Kombination von Massnahmen nach dem SAG (zB Art 33 Abs 1 lit b SAG) mit der des vorläufigen Verwalters (Art 35 SAG).»

<sup>42</sup> Die FMA sieht für die Bestellung eines vorläufigen Verwalters nicht eine akute Gläubigergefährdung als Grund an, sondern die Steuerung und Kontrolle des Verwaltungsrates durch den Eigentümer der Bank, der nur seine eigenen Interessen verfolge. Andere (Einzel-)Massnahmen waren nicht geeignet, die Missstände zu beheben:

<sup>43</sup> «Eine Anordnung einer Regelung oder Massnahme im Sanierungsplan (Art 33 Abs 1 lit a SAG), die alleinige Vornahme einer Analyse der Situation (Art 33 Abs 1 lit b SAG), die Einberufung einer Versammlung der Anteilseigner (Art 33 Abs 1 lit c SAG), die Planung einer Umschuldung (Art 33 Abs 1 lit e SAG), die Änderung der Geschäftsstrategie (Art 33 Abs 1 lit f SAG) oder die Durchführung einer Vor-Ort-Kontrolle[] zur Vorbereitung und Aktualisierung eines Abwicklungsplans vermögen nicht die aufgezeigte Problematik zu beheben.

<sup>44</sup> Eine Änderung der rechtlichen oder operativen Strukturen des Instituts (Art 33 Abs 1 lit g SAG) ist insofern nicht zielführend, zumal es Bewilligungsvoraussetzung einer Bank ist, über einen entsprechenden Verwaltungsrat zu verfügen. Eine personelle Änderung im Verwaltungsrat oder die Abberufung eines oder mehrerer Mitglieder des Leitungsorgans oder der Geschäftsleitung aus ihrer Funktion und die anschliessende Ersetzung (Art 33 Abs 1 lit d SAG bzw Art 34 SAG) ist insofern nicht geeignet, zumal nur eine weitere Marionette des Eigentümers den Verwaltungsrat besetze[n] würde. Die FMA kann im Bewilligungsverfahren nicht feststellen, ob das designierte Verwaltungsratsmitglied sich tatsächlich an die Kompetenzen iSd Art 22, 23 BankG hält und sich vom Eigentümer nicht steuern lässt.

<sup>45</sup> Mit dem nunmehrigen Ausscheiden der lokalen Geschäftsleitungsmitglieder [...] hat die FMA noch weniger Einblick in die aktuellen Geschehnisse der [X] und des Eigentümers, so dass die FMA allein schon eine unabhängige Beobachtung und Berichterstattung zur Ausübung der Aufsichtsfunktion der FMA notwendig ist, um insbesondere Risiken zeitnah zu erkennen und darauf auch zu reagieren. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Einsetzung eines Beobachters (Art 35 Abs 6 BankG) nicht geeignet ist, um Abhilfe zu schaffen, zumal diesem per Gesetz keine Kompetenz zukommt, aktiv zu handeln bzw dieser nicht von weiteren Rechten Gebrauch machen kann. Die FMA hat bereits von mehreren rechtswidrigen Vorfällen Kenntnis erlangt. Allfällige Berichte eines Beobachters würden die aktuelle Situation und die Dringlichkeit, eine geeignete Massnahme zu setzen, nur mehr unterstreichen, aber keine Abhilfe schaffen. Auch die Verhängung eines Berufsausübungsverbotes über ein Leitungsorgan ad personam (Art 35 Abs 2 lit e BankG), das im Wesentlichen der Abberufung eines Leitungsorgans gleicht, ist aus den bereits aufgezeigten Gründen nicht geeignet, eine Nachbesetzung einer weiteren Marionette zur Steuerung der [X] zu verhindern.

<sup>46</sup> Die Bestellung eines vorläufigen Verwalters mit all seinen Befugnissen, ist sohin einzig geeignet, um die nötige Kontrolle des Verwaltungsrates zu überwachen und auszuüben, so dass der Steuerung des Eigentümers über die abhängigen Verwaltungsratsmitglieder ziel führend entgegengewirkt werden kann.

<sup>47</sup> Auch ist die spruchgemässe Zusammenarbeit mit dem Verwaltungsrat im Gegensatz zu dessen Abberufung das gelindere Mittel, so dass die von der FMA vorgenommene Bestellung verhältnismässig ist. In diesem Zusammenhang glaubt die FMA vorerst daran, dass die verfügte Bestellung des vorläufigen Verwalters für die [X] bzw für den Eigentümer Signalwirkung dahingehend hat, dass härtere Massnahmen bei weiterem rechtswidrigem Handeln folgen können und erachtet vorerst die Zusammenarbeit des Verwaltungsrates mit dem vorläufigen Verwalter als ausreichend und ziel führend.»

<sup>48</sup> In den weiteren Ausführungen begründet die FMA die übrigen Spruchpunkte des vorläufigen Verwaltungsbots. Sie sind erforderlich, um das Funktionieren der angestrebten Tätigkeit des vorläufigen Verwalters und damit eine Verbesserung des Handelns des Verwaltungsrates sicherzustellen. Von besonderer Bedeutung sind insofern umfassende Informations- und Einsichtsrechte und sonstige Kompetenzen des vorläufigen Verwalters gegenüber dem Verwaltungsrat sowie das Recht und die Pflicht zur Teilnahme an Verwaltungsratssitzungen.

<sup>49</sup> Die Bekanntmachung der Anordnungen auf der Website der FMA gestützt auf Art. 21a FMAG ist erforderlich, zumal nur so dem Kundenschutz ausreichend Rechnung getragen werden kann. Wegen der negativen Presse zum konkreten Fall sieht die FMA «Anlass zur Wahrung des Ansehens des Finanzplatzes Liechtenstein, zumal die FMA allfälligen Gerüchten vorbeugen kann und gleichzeitig signalisiert, dass entsprechend gehandelt wird.»

<sup>50</sup> Gegen das vorläufige Verwaltungsbots erhob die X Bank Beschwerde bei der FMA-BK. Der Beschwerde wurde keine Folge gegeben.

<sup>51</sup> Zunächst hielt die FMA-BK fest, dass die Beschwerdeführerin nunmehr in Liquidation sei und die Bewilligung als Bank zufolge Verzichts kurze Zeit nach Ergehen des vorläufigen Verwaltungsbots der FMA erloschen sei (Art. 27 Abs. 2 BankG).

<sup>52</sup> Zur Zulässigkeit der Beschwerde führt die FMA-BK aus, es seien insoweit die allgemeinen Bestimmungen des Art. 35 FMAG anwendbar:

«Die Bestellung des vorläufigen Verwalters nach Art 35 (iVm den Art 33 und 34) SAG erfolgte durch die Finanzmarktaufsicht als solche («Frühzeitiges Eingreifen» im Sinne des III. Abschnitts des SAG) und nicht durch die Finanzmarktaufsicht als Abwicklungsbehörde im Sinne von Art 4 Abs 1 SAG. Damit sind nicht die in Art 104 SAG festgelegten (speziellen) Beschwerdebestimmungen anzuwenden, sondern die allgemeinen Bestimmungen des Art 35 FMAG (iVm den einschlägigen Bestimmungen des LVG).»

<sup>53</sup> Ungeachtet des erfolgten Erlöschens der Bankbewilligung sei, so die FMA-BK, die Beschwerdeführerin weiterhin beschwert, zumal die Mitteilung über die Bestellung des vorläufigen Verwalters nach wie vor auf der Website der FMA aufgeschaltet sei. Die FMA-BK weist sodann darauf hin, dass das blosser Erlöschen der Bewilligung die weiterhin andauernden Rechtswirkungen der angefochtenen Entscheidung nicht zu beseitigen vermag. Auf die Beschwerde war daher materiell einzutreten.

<sup>54</sup> Die erhobene Rüge eines Verfahrensmangels weist die FMA-BK mit eingehender Begründung zurück, da die FMA der Beschwerdeführerin im Verfahren umfassend rechtliches Gehör gewährt hatte.



<sup>55</sup> Des Weiteren liess die FMA-BK den Vorwurf der Unverhältnismässigkeit der getroffenen aufsichtsrechtlichen Massnahmen nicht gelten. Sie führte dazu aus:

«Tatsächlich ergibt sich aus den in der angefochtenen Verfügung getroffenen umfangreichen Sachverhaltsfeststellungen zum Einfluss der Eigentümer [...], dass teilweise auch das Verwaltungsratsmitglied [A] bei einer Vielzahl von Besprechungen und E-Mail-Korrespondenzen mit den Eigentümern ausgeschlossen war und dass die Eigentümer divergierende Meinungen abgelehnt und in das operative Geschäft laufend und stark eingegriffen haben. Angesichts dieser – unbekämpft gebliebenen – Feststellungen ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz zutreffend und wird von der Beschwerdekommision auch vollinhaltlich geteilt, dass der – wie dargestellt: ohnedies jederzeit aufhebbare – Beschluss auf Einstellung des Bankgeschäftes nicht ausreichte, um – im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes – die Bestellung eines vorläufigen Verwalters erfolgversprechend substituieren zu können. Dazu kommt, dass angesichts der in der angefochtenen Entscheidung (ebenfalls unbekämpft) festgestellten Eingriffe seitens der Eigentümer in die operative Tätigkeit und damit der Auflösung der «Aufgabentrennung» (Druckausübung mittels Streichung von Boni etc.) auch das Einstellen des Bankgeschäftes ja nicht dazu führt, dass die Beschwerdeführerin gleichsam «von einem Tag auf den anderen» keine Bank mehr ist (und sie gleichsam über keine Einlagen mehr verfügt), sondern es wäre ja auch im Falle, dass das Bankgeschäft seitens des Verwaltungsrates tatsächlich «eingestellt» wird, weiterhin Aufgabe der Finanzmarktaufsicht, u.a. für den Schutz der Kunden zu sorgen, was angesichts der festgestellten Mängel nur durch Einsetzung eines vorläufigen Verwalters sichergestellt werden konnte.»

<sup>56</sup> Ebenfalls der Bejahung eines Frühinterventionsbedarfs durch die FMA folgt die FMA-BK vollumfänglich:

«Aus alldem ergibt sich zunächst, dass ohne jeden Zweifel Frühinterventionsbedarf im Sinne von Art 33 Abs 2 lit a SAG bestand, wie die Finanzmarktaufsicht zutreffend erkannt hat, denn der Eingriff durch die Eigentümer im Wege von [H] in die operative Tätigkeit der Beschwerdeführerin liegt auf der Hand, womit ein Verstoss gegen Art 88 Abs 1 der Richtlinie 2013/36/EU ganz klar erstellt ist. Die in Art 33 Abs 1 SAG beispielsweise (arg. «insbesondere») angeführten Massnahmen reichen im vorliegenden Fall nicht aus: Ein Sanierungsplan spielt vorliegend keine Rolle (lit a), Analysen und Massnahmenfestlegungen/Erstellung eines Aktionsplans ist zufolge unmittelbarer Involvierung von [H] ohnedies nicht zielführend (lit b), ebenso reicht eine bestimmte Beschlussfassung nicht aus (lit c), auch reichen die Massnahmen nach lit f und g angesichts der doch über einen längeren Zeitraum bestandenen massiven Einflussnahme der Eigentümer nicht aus, denn dies wären lediglich Massnahmen «auf dem Papier», keine effektiven, wirksamen Massnahmen. Immerhin handelt es sich hier um EWR-Recht, das von den liechtensteinischen Behörden anzuwenden und zu vollziehen ist, und es würde sich das Fürstentum Liechtenstein vertragsbrüchig machen (Art 3 Abs 1 EWRA), würden nicht – wie hier geschehen – konsequent effektive und wirksame Mittel zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes eingesetzt. Lit e (Umschuldung) und lit h (Vor-Ort-Kontrolle) spielen hier ohnedies keine Rolle. Damit verbleibt als einzig wirksame Massnahme die Bestellung eines vorläufigen Verwalters nach Art 35 SAG.»

<sup>57</sup> Sodann:

«Die weiteren in der Beschwerde angesprochenen Massnahmen (reglementarische Bestimmungen zur genauen Zuweisung der Zuständigkeiten, Erteilung spezifischer Weisungen an die Geschäftsleitung, Berichterstattungspflicht an die Geschäftsleitung) würden ebenfalls lediglich Massnahmen «auf dem Papier» darstellen, die angesichts der – wie erwähnt – sich nunmehr doch über einen längeren Zeitraum und in Bezug auf verschiedene Per-

sonen [...] beziehenden massiven Einflussnahmen der Eigentümer nicht erfolgversprechend wären, um diese Einflussnahmen hintanzuhalten.»

<sup>58</sup> Mit Bezug auf die weiter in Streit stehende, mit der angefochtenen Entscheidung angeordnete Veröffentlichung der Einsetzung des vorläufigen Verwalters betonte die FMA-BK, dass schon vor Inkrafttreten des Art. 21a FMAG am 1. Januar 2020 zielführende öffentliche Bekanntmachungen aus grundsätzlichen Überlegungen als zulässig zu betrachten waren, u.a.:

<sup>59</sup> «Es ist von der Rechtsprechung des Deutschen Bundesverfassungsgerichtes, die bei vergleichbarer Rechtslage auch auf das Fürstentum Liechtenstein übertragen werden kann, im Übrigen anerkannt, dass dann, wenn Aufgaben der Regierung oder Verwaltung mittels öffentlicher Informationen wahrgenommen werden können, in der Aufgabenzuweisung grundsätzlich auch eine Ermächtigung zum Informationshandeln liegt (1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91 vom 26.06.2002, RN 49 und 58).»

<sup>60</sup> In der Folge setzt sich die FMA-BK ausführlich mit der in Art. 21a FMAG niedergelegten Intention und den für eine Veröffentlichung darin statuierten Anwendungsvoraussetzungen auseinander. Es sollen daher nachstehend diese Erwägungen wörtlich abgedruckt werden (Ziff. 8.2 ff. der Entscheidung):

<sup>61</sup> «Mit Schaffung des Art 21a FMAG (auf schweizerischer Rezeptionsvorlage beruhend, vgl. Art 22 chFINMAG) sollte der Finanzmarktaufsicht explizit die Berechtigung zuerkannt werden, bei Vorliegen eines besonderen aufsichtsrechtlichen Bedürfnisses ausnahmsweise über einzelne laufende oder abgeschlossene Verfahren zu informieren, was (arg. «insbesondere») etwa dann der Fall ist, wenn die Information zum Schutz der Kunden oder Beaufsichtigten, zur Berichtigung falscher oder irreführender Informationen oder zur Wahrung des Ansehens des Finanzplatzes Liechtenstein erforderlich ist. Die Information der Öffentlichkeit kann dabei unter Angabe von personenbezogenen

Daten oder auch in anonymisierter Form erfolgen, jedenfalls hat die Finanzmarktaufsicht dabei eine Abwägung der betroffenen Interessen vorzunehmen und den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu wahren. Diese Bestimmung dient aufsichtsrechtlichen Zielen, nämlich dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Information und Transparenz, und nicht der Sanktionierung (BuA 2019/78, 14). Das Fehlen einer entsprechend klaren Kommunikationsmöglichkeit hatte nämlich in der Vergangenheit zu Unsicherheiten bei Kunden und der Öffentlichkeit sowie zu medialen Spekulationen geführt, was sich negativ auf die Reputation des Finanzplatzes Liechtenstein auswirken konnte (BuA 2019/115, 8).

<sup>62</sup> Voraussetzung für die Information der Öffentlichkeit im Sinne von Art 21a FMAG ist, dass von der Finanzmarktaufsicht ein Verfahren geführt wird, was hier unzweifelhaft der Fall ist. Art 21a FMAG ist auf jedes von der FMA geführte Verfahren anwendbar, d.h. auf Aufsichtsverfahren nach einem Spezialgesetz (wie hier), auf Verwaltungsstrafverfahren und auch auf Verfahren zur Feststellung des Sachverhaltes im Sinne von Art 26 Abs 1 FMAG. Aufgrund des umfassenden Ansatzes von Art 21a Abs 2 FMAG (Art 22 FINMAG), der im Sinne von Information und Transparenz grundlegend zur Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes beitragen soll (Rayroux/Pasquier in BK FINMAG/FinfraG Art 22 N2; Beck, Enforcementverfahren der FINMA und Dissonanz zum nemo-tenetur-Grundsatz, Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht, Band 128, N423; Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht § 5 N87), ist es im Übrigen auch denkbar, dass ausnahmsweise auch über abgeschlossene Verfahren orientiert werden kann (Rayroux/Pasquier aaO N17).

<sup>63</sup> Das zugrunde liegende Verfahren muss im Übrigen nicht zwingend mit einer Veröffentlichung einer Verfügung nach Art 25a FMAG (oder nach einem Spezialgesetz – vgl. z.B. Art 31 b SPG, Art 63c BankG oder Art 257 Abs 5 VersAG) enden, da der Normzweck ein anderer ist: In den Fällen des Art 21a Abs 2 FMAG geht es ausschliesslich um Informations- und Transparenz-

bedürfnisse, die ua (arg. «insbesondere») zum Schutz der Kunden oder der Beaufsichtigten, zur Berichtigung falscher oder irreführender Informationen oder zur Wahrung des Ansehens des Finanzplatzes Liechtenstein und damit auch zur Vermeidung von Missbräuchen (Art 4 FMAG) beitragen, und nicht um andere, etwa general- oder spezialpräventive Zwecke (Rayroux/Pasquier aaO Rz 3 und 10).

<sup>64</sup> Es entspricht der Rechtsprechung der Beschwerdekommision, dass die Publikation des Hinweises nach Art 21a Abs 2 FMAG als solche nicht unmittelbar bekämpft werden kann, sondern der Betroffene einen Löschungs- oder Abänderungsantrag bei der Finanzmarktaufsicht zu stellen hat und dagegen – falls abschlägig beschieden – den Beschwerdeweg beschreiten kann (FMA-BK 2020/12-9 vom 28.05.2020; in diesem Sinne Rayroux/Pasquier aaON47, öVfGH 12.03.2009, G164/08, und N. Raschauer in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka, BWG § 99c Rz 45 ff). Damit ist es jedenfalls zulässig, wenn die Finanzmarktaufsicht – wie hier – den umgekehrten Weg beschreitet, nämlich die beabsichtigte Publikation ankündigt, dem Betroffenen vorab Gelegenheit zur Äusserung einräumt und die Publikation *uno actu* mit Ergehen der dieses anordnenden Entscheidung vornimmt.

<sup>65</sup> Beim Aufschalten eines Hinweises – wie hier geschehen – auf der Webseite der Finanzmarktaufsicht handelt es sich, da im Regelfall während eines noch nicht abgeschlossenen Verfahrens stattfindend, um eine provisoriale Massnahme. Zwar sieht das Gesetz – wie erwähnt – nicht vor, dass die Finanzmarktaufsicht bei einem Vorgehen nach Art 21a Abs 2 FMAG vorgängig in Form eines vorläufigen Verwaltungsbotes zu entscheiden hätte, doch lässt sich den einschlägigen Bestimmungen des LVG (vgl. auch Art 52 Abs 2) für Fälle der Information der Öffentlichkeit nach Art 21a Abs 2 FMAG – zumindest analog – entnehmen, dass die «endgültige Regelung der Verhältnisse» nach Durchführung des Ermittlungsverfahrens stattzufinden hat. Da noch keine Sachentscheidung ergeht, sind (insbesondere in

Bezug auf das Beweismass) die Grundsätze des Provisorialverfahrens (Rechtssicherungsverfahren iSv Art 270 ff EO) sinngemäss anzuwenden, was bedeutet, dass der zugrunde liegende Sachverhalt zumindest bescheinigt (glaubhaft gemacht) im Sinne von § 274 ZPO sein muss. Dies gilt sowohl für den zugrunde liegenden Sachverhalt («Anspruch») als auch für die «Gefährdung». Dies wird auch zu den vergleichbaren Bestimmungen des österreichischen Finanzmarktrechts vertreten. So heisst es in der österr. Regierungsvorlage zu § 4 Abs 7 öBWG (207 BlgNR XXIV. GP, S. 56), dass es nach Lage des Falles erforderlich sein kann, die Öffentlichkeit umgehend ohne Zeitverlust, daher auch ohne vorige Anhörung des Betroffenen, auf Personen, deren Handlungen auf einen unerlaubten Betrieb oder den Versuch eines solchen hindeuten, hinzuweisen, oder wenn Hinweise auf konzessionswidrige Geschäfte vorliegen (Laurer/Kammel in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka, BWG § 4 Rz 16 unter Hinweis auf die österr. Regierungsvorlage [641 BlgNR XXI. GP, S. 12]).

<sup>66</sup> Wird also schon für die blosser Aufschaltung einer Warnmeldung / eines Hinweises nach Art 21a Abs 2 FMAG nicht mehr als eine Bescheinigung im Sinne von § 274 ZPO (arg. «hindeuten, Hinweise») verlangt, kann auch bei vorgängigem Erlass eines dieses anordnenden vorläufigen Verwaltungsbotes – wie hier – nichts anderes gelten.»

<sup>67</sup> Unter Anwendung dieser Grundsätze auf den konkreten Fall erachtet die FMA-BK die Vorgehensweise der FMA als verhältnismässig und zielführend – ja, sie finde «die volle Billigung der Beschwerdekommision».

<sup>68</sup> Abschliessend würdigt die FMA-BK den expliziten Hinweis in der publizierten Meldung als «ausgesprochen sachbezogene und neutrale Information», wonach die Eigenmittel- und Liquiditätssituation der Beschwerdeführerin nicht den Grund für die Bestellung des vorläufigen Verwalters darstellte, sondern die Bestellung zur Vorbeugung und Minimierung allfälliger Risiken erfolgte.

<sup>69</sup> Zum Entzug der aufschiebenden Wirkung hielt die FMA-BK fest, es sei vorläufigen Verwaltungsboten (einstweiligen Verfügungen) immanent, dass sie sofort wirksam sein müssen.

<sup>70</sup> **Anmerkung der FMA:** Dieser Entscheid ist für die FMA von besonderer Relevanz, da die FMA erstmals einen vorläufigen Verwalter nach dem Sanierungs- und Abwicklungsgesetz bestellt hat. Auf Grund des festgestellten Frühinterventionsbedarfs hat die FMA den Verwaltungsrat zur Erarbeitung einer Situationsanalyse samt Handlungsoptionen unter Einbezug und Zusammenarbeit mit dem vorläufigen Verwalter verpflichtet, um der Steuerung des Eigentümers über die abhängigen Verwaltungsratsmitglieder und den Risiken, welche mit den Organisationsmängeln und der fehlenden Geschäftsstrategie einhergehen, zielführend entgegenzuwirken.

Die FMA-BK bestätigte das Vorliegen des Frühinterventionsbedarfs und die Bestellung des vorläufigen Verwalters als einzig wirksame Massnahme, mit welcher die Privatautonomie der Bank so weit als möglich gewahrt worden sei. Zudem billigte die FMA-BK die Veröffentlichung der Einsetzung des vorläufigen Verwalters auf der Website der FMA nach Art. 21a FMAG. Im Konkreten habe die FMA entsprechend dem Willen des Gesetzgebers sachlich und neutral im Sinne des Bedürfnisses der Öffentlichkeit kommuniziert und damit medialen Spekulationen, die sich negativ auf die Reputation des Finanzplatzes Liechtenstein auswirken, begegnet.

## ANTRAG AUF GEWÄHRUNG VON AKTENEINSICHT BEI FEHLENDER PARTEISTELLUNG

<sup>71</sup> Dieser Fall betrifft ein Beurteilungsverfahren im Rahmen eines Erwerbs einer qualifizierten Beteiligung an einer Bank nach Art. 26a BankG i. V. m. Art. 27a und Anhang 8 BankV. Zu einem solchen Verfahren führt die FMA in dem anzuzeigenden Verwaltungsbote aus:

<sup>72</sup> *«Hauptbestandteil dieses sogenannten Eigentümerkontrollverfahrens ist die (Gewährs-)Prüfung des interessierten direkten und indirekten Erwerbers. Im Rahmen des Beurteilungsverfahrens gemäss Anhang 8 BankV überprüft die FMA insbesondere Informationen zur Zuverlässigkeit und Erfahrung der qualifizierten Erwerber, der Personen, die den interessierten Erwerber leiten sowie Informationen zu den wirtschaftlich Berechtigten der interessierten Erwerber (Prüfung der Gewähr des potentiellen Aktionärs). Insofern ist Partei eines Verfahrens nach Art. 26a BankG iVm Art. 27a und Anhang 8 BankV nur der direkte und indirekte interessierte Erwerber. Die Bestimmungen wenden sich in ihrer Natur nur an den interessierten Erwerber selbst. Die Verkäuferseite wirkt entgegen dem Vorbringen im Antragsschreiben auch nicht unmittelbar am Verfahren zur beurteilenden Beteiligungsänderung mit; es trifft sie gegenüber der FMA einzig eine schriftliche Anzeigepflicht gemäss Art. 26a Abs. 1 BankG. Darüber hinaus kann eine derartige Anzeige auch gemeinsam (alle qualifizierten Erwerber oder Verkäufer) erfolgen (vgl. FMA-Wegleitung 2017/20 – Aufsichtsrechtliche Beurteilung von qualifizierten Beteiligungen, Pkt. 5.).»*

<sup>73</sup> Die FMA hatte entschieden, gegen den Beteiligungserwerb unter bestimmten Auflagen keinen Einspruch zu erheben.

<sup>74</sup> Vor der Transaktion war die X Anstalt qualifiziert Beteiligte und Eigentümerin von fast 100% der Aktien der Bank. Nach Abschluss des Beurteilungsverfahrens verlangte die X als Verkäuferin des Aktienpakets Einsicht in die Akten des Beurteilungsverfahrens durch die FMA.

<sup>75</sup> Die FMA wies den Antrag der X auf Gewährung vollumfänglicher Akteneinsicht mit Verwaltungsbot zurück. Zur Begründung hielt sie fest, der X komme in dem Verfahren keine Parteistellung zu. Da sie nicht Verfahrenspartei sei, habe sie kein Recht auf Akteneinsicht.

<sup>76</sup> Die FMA verneinte ein rechtliches Interesse der X am Eigentümerkontrollverfahren. Allenfalls berührte wirtschaftliche Interessen der Verkäuferin vermochten eine Parteistellung nicht zu begründen. Etwaige zivilrechtliche vertragliche Ansprüche zwischen Käufer- und Verkäuferseite sind für die Beurteilung der Gewähr im qualifizierten Beurteilungsverfahren ohne Belang. Dazu hielt die FMA schliesslich fest:

*«Das gegenständliche Verfahren und damit auch die Entscheidung der FMA [...] trifft damit nicht die persönliche Sphäre der Verkäuferin, sondern letztendlich nur die Rechtssphäre des potentiellen interessierten Erwerbers, der als alleiniger Normadressat verbleibt. Diesen trifft auch die Pflicht, sämtliche für das Beurteilungsverfahren erforderlichen Informationen gemäss Anhang 8 Ziff. III BankV iVm. FMA-Wegleitung 2017/20 einzureichen. Dabei handelt es sich mitunter um höchstpersönliche und sensible Informationen der direkten und indirekten interessierten Erwerber und deren Beteiligten (Organe und wirtschaftlich Berechtigte von juristischen Personen), wie Strafregisterauszüge, Betreibungsregisterauszüge sowie Arbeitszeugnisse und Referenzen, aber auch sensible Daten die Vermögenssphäre betreffend (bspw. Steuererklärungen, Vermögensaufstellungen etc.), welche den persönlichen Geheimbereich der genannten Personen betreffen.»*

<sup>77</sup> **Anmerkung der FMA:** Dieser Entscheid ist für die FMA von Bedeutung, da erstmals ein vom Verkäufer gestellter Antrag auf Akteneinsicht in einem (bereits abgeschlossenen) Beurteilungsverfahren nach Anhang 8 BankV (Eigentümerkontrollverfahren) mangels Parteistellung zurückgewiesen wurde.

### ANTRAG AUF ENTFERNUNG EINER WARNMELDUNG

<sup>78</sup> Die FMA hatte mit Bezug auf die im liechtensteinischen Handelsregister eingetragene X AG folgende Warnmeldung publiziert:

*«Die [X] AG [...] verfügt über keine aufsichtsrechtliche Bewilligung der FMA. Insbesondere ist es ihr entgegen den Angaben auf ihrer Website [...] nicht gestattet, Bankgeschäfte zu betreiben oder Zahlungsdienste zu erbringen.»*

<sup>79</sup> Den späteren Antrag der X AG, die FMA wolle ihre Warnmeldung betreffend die X AG entfernen, wies die FMA mit Verwaltungsbot ab.

<sup>80</sup> Die Rechtsvertreter der X AG hatten geltend gemacht, diese sei nicht Anbieterin der betreffenden Website und habe somit auch nicht angegeben, Bankgeschäfte zu betreiben oder Zahlungsdienste zu erbringen. Verantwortlich für die Website sei vielmehr stets das Unternehmen Y gewesen, ein von der X AG verschiedenes Unternehmen. Das vormalig fehlerhaft gestaltete Impressum der Website, für das jedoch die X AG nicht verantwortlich gewesen sei, sei zwischenzeitlich korrigiert worden.

<sup>81</sup> X AG war Teil der internationalen X Gruppe, welche aus mehreren Gesellschaften bestand. Diese hatten Beziehungen zu Partnern im In- und Ausland und betrieben diverse Websites. Sowohl die deutsche BaFin als auch die österreichische FMA sahen sich

veranlasst, mit Bezug auf einzelne Tätigkeiten und Rechtssubjekte der Gruppe Warnhinweise zu veröffentlichen.

<sup>82</sup> Nach Auffassung der FMA war die X AG als Central Holding zumindest Co-Anbieterin der Website und daher mitverantwortlich für den Inhalt derselben. Obwohl die X AG zwischenzeitlich auf der zur Diskussion stehenden Website gelöscht worden war, ergab sich gestützt auf andere Websites weiterhin ein Zusammenhang zwischen der X AG und der X Gruppe sowie deren Tätigkeiten.

<sup>83</sup> In materieller Hinsicht führte die FMA gestützt auf Art. 21a FMAG aus, eine Information der Öffentlichkeit (mittels Publikation eines entsprechenden Hinweises auf ihrer Website) sei jedenfalls immer dann notwendig, wenn für die FMA der Verdacht besteht, dass eine bewilligungspflichtige Tätigkeit in Liechtenstein ohne die erforderliche spezialgesetzliche Bewilligung ausgeübt wird. Bezüglich einer Warnmeldung betreffend eine oder mehrere Gesellschaften, die zu einer Gruppe gehören, hielt die FMA mit Blick auf die Rechtsprechung der FMA-BK fest (vgl. zu dieser auch hiervor Rz. 61 ff.):

<sup>84</sup> «Hinsichtlich der Gruppenthematik führt die FMA-BK aus, dass [es] grundsätzlich zulässig ist, im Sinne von Art 21a FMAG Gruppengesellschaften in der Warnmeldung zu nennen, wenn es sich bei diesen um eng miteinander verbundene juristische Personen mit demselben Sitz und demselben (einzigen) Organ handelt und alle Gesellschaften derselben ‹Unternehmensgruppe› angehören und als solche auch auftreten. Damit liegt nämlich ein sogenanntes ‹arbeitsteiliges Vorgehen im Rahmen einer Gruppe› vor. Durch eine solche Gruppenbetrachtung soll verhindert werden, dass die bankgesetzliche Bewilligungspflicht und die Aufsicht durch das koordinierte und zielgerichtete Zusammenwirken von Unternehmen bzw. den dahinterstehenden Perso-

nen, welche jede für sich alleine (möglicherweise) die Voraussetzung einer Bewilligungspflicht nicht erfüllen, umgangen werden können. Eine solche Gruppenbetrachtung ist nämlich dann gerechtfertigt, wenn zwischen den einzelnen Personen und/oder Gesellschaften enge wirtschaftliche, organisatorische oder personelle Verflechtungen bestehen, die derart intensiv sind, dass vernünftigerweise einzig eine Gesamtbetrachtung den faktischen Gegebenheiten und der Zielsetzung der Finanzmarktaufsicht gerecht wird. So soll ein gruppenweises Handeln insbesondere dann vorliegen, wenn die Beteiligten gegen aussen als Einheit auftreten bzw. aufgrund der Umstände (Verwischen der rechtlichen und buchhalterischen Grenzen zwischen den Beteiligten; faktisch gleicher Geschäftssitz; wirtschaftlich unbegründete, verschachtelte Beteiligungsverhältnisse; dazwischen geschaltete Treuhandstrukturen) davon auszugehen ist, dass koordiniert, ausdrücklich oder stillschweigend arbeitsteilig und zielgerichtet eine gemeinsame Aktivität im aufsichtsrechtlichen Sinn ausgeübt wird. Zwar kann nicht jede Zusammenfassung von Gesellschaften unter einheitlicher Leitung in einem Konzern zu einer Gruppenbetrachtung führen, jedoch ist darauf abzustellen, ob die Aktivität einer Gesellschaft ‹tatsächlich einen namhaften Beitrag zur Umgehung der finanzmarktrechtlichen Regeln› darstellt. Indizien dafür genügen, um die Öffentlichkeit im Sinne von Art 21a FMAG informieren zu können. (FMA-BK 2020/15, Ziff. 10).»

<sup>85</sup> Das Argument der X AG, die Warnmeldung sei nunmehr zu entfernen, da sie auf den betreffenden Websites nicht mehr genannt sei, weist die FMA zurück. Sie führt zur Begründung die anhaltenden Angebote innerhalb der X Gruppe in Bezug auf Einlagen in EUR in der X-Wallet an. Auch zeigten die expliziten Warnhinweise der BaFin und der österreichischen FMA auf die X AG mit aller Deutlichkeit, dass nach wie vor ein Schutzbedürfnis der Anleger bzw. der potenziellen Anleger der X Unternehmensgruppe bestehe.

<sup>86</sup> Schliesslich hält die FMA fest, die zwischenzeitliche Einstellung strafrechtlicher Ermittlungen gegen die X AG verlange nicht zwingend die Entfernung der Warnmeldung, da nach wie vor ein Schutzbedürfnis der Anleger ausgewiesen sei.

<sup>87</sup> Ebenfalls wird die Verhältnismässigkeit der Meldung von der FMA bejaht. Unter Wahrung des öffentlichen Interesses sei es auch nicht möglich gewesen, die Mitteilung gestützt auf Art. 21a Abs. 2 FMAG ohne Namensnennung vorzunehmen.

<sup>88</sup> Gegen das Verwaltungsbotschaft der FMA erhob die X AG Beschwerde bei der FMA-BK. Sie beantragte die Entfernung der Warnmeldung. Die FMA-BK schützte die Beschwerde teilweise und entfernte die Wortfolge «entgegen den Angaben auf ihrer Website [...]» aus der Warnmeldung ersatzlos; im Übrigen wurde der Beschwerde keine Folge gegeben.

<sup>89</sup> Zunächst gibt die FMA-BK in ihrer Entscheidung die Gründe zu Art. 21a FMAG wieder, die sie auch in anderen Verfahren darlegt; vgl. ausführlich vorne Rz. 61 ff.

<sup>90</sup> Zur fortgesetzten Überprüfung der für eine Warnmeldung festgestellten Sachverhalte hält die FMA-BK fest:

*«Die Finanzmarktaufsicht hat grundsätzlich auch nach Information der Öffentlichkeit nach Art 21a Abs 2 FMAG das zugrunde liegende Verfahren (Feststellungsverfahren nach Art 26 FMAG, Verwaltungsstrafverfahren, Aufsichtsverfahren nach einem sonstigen Spezialgesetz) fortzusetzen und aufgrund der Verfahrensergebnisse oder auch nur aufgrund des zeitlichen Verlaufs in regelmässigen Abständen zu beurteilen, ob die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung der Warnmeldung weiterhin vorliegen. Dies gebietet der Verhältnismässigkeitsgrundsatz [...] und entspricht auch der bisherigen Praxis der Finanzmarktaufsicht, schreibt diese doch [selbst auf] ihrer Webseite fma-li.li Folgen-*

*des (FMA > Datenschutz > FMA-Information zum Datenschutz > 2. Spezifische Verarbeitung personenbezogener Daten > 3. Veröffentlichungen durch die FMA):*

<sup>91</sup> *«Veröffentlichung von Warnmeldungen*

*Zum Zwecke des Kundenschutzes und zur Vermeidung von Missbräuchen gemäss Art 4 FMAG veröffentlicht die FMA bei Bedarf Warnmeldungen – auch bezüglich nichtbewilligter Personen – auf ihrer Website. Diese Warnmeldungen beinhalten u.a. personenbezogene Daten in Form von konkreten Namens- und Adressnennungen.*

*Die Warnmeldungen sind nur während des relevanten Zeitraumes auf der Website abrufbar und werden nach Zweckerreichung gelöscht.»*

*[...]*

<sup>92</sup> *Diese regelmässigen Überprüfungen sind vom Fortschreiten des Verfahrens und von den Besonderheiten des Sachverhaltes abhängig, wobei es jedoch – als Richtschnur – genügt, wenn die Überprüfung jeweils einmal im Quartal erfolgt. Auch dies ist in Form eines Aktenvermerkes [...] festzuhalten, wobei – sollte sich der Sachverhalt nicht geändert haben – ein Vermerk des Inhalts «Voraussetzungen haben sich nicht geändert» ausreicht.»*

<sup>93</sup> Hinsichtlich ausländischer Warnmeldungen und Gerichtsentscheide bejaht die FMA-BK die Möglichkeit von deren Berücksichtigung bei der Entscheidungsfindung durch die FMA, unterstreicht aber deren Verpflichtung, autonom zu urteilen:

*«Denn die Finanzmarktaufsicht hat den Sachverhalt aufgrund der vorliegenden Bescheinigungsmittel und anhand der liechtensteinischen Rechtsvorschriften autonom zu beurteilen. Ob und wenn ja, welche Warnmeldungen von ausländischen Aufsichtsbehörden betreffend eine in Liechtenstein domizilierte Gesell-*

schaft geschalten werden, hat keinen präjudizierenden Charakter. Denn während ausländische Aufsichtsbehörden mit vergleichbaren Warnmeldungen bloss den Anlegerschutz (in ihrem Aufsichtsbereich – hier: in Deutschland bzw. Österreich) bezwecken können, kann es den Zweck der Information nach Art 21a Abs 2 (iVm Art 4 FMAG) darstellen, das Ansehen des Finanzplatzes Liechtenstein zu wahren und Missbräuche (am Finanzplatz Liechtenstein) zu vermeiden, was hier (auch) der Fall ist [...]. Damit liegen unterschiedliche Zwecke der Information der Öffentlichkeit vor, sodass die ausländischen Entscheidungen bzw. Vorgangsweisen, die ohnedies nicht präjudizell sind, auch aus diesem Grund nicht auf die gegenständliche Warnmeldung übertragen werden können.»

<sup>94</sup> Die FMA-BK gab der Beschwerde insoweit Recht, als nunmehr die Beschwerdeführerin aus dem Impressum [...] entfernt worden war. Klarstellend führte die FMA-BK aus:

«Dies hat jedoch nur dadurch zu geschehen, dass die ansonsten unverändert aufrechtzuerhaltende Warnmeldung durch ersatzlose Streichung der erwähnten Wortfolge entsprechend angepasst wird, jedoch nicht durch Neuaufschaltung der Warnmeldung (mit aktuellem Datum) oder allfälligen neuerlichem Versand der Warnmeldung per FMA-Newsletter oder im Wege von sozialen Medien (Twitter oder Vergleichbares).»

<sup>95</sup> **Anmerkung der FMA:** Dieser Entscheid ist für die FMA von besonderer Relevanz, da erstmals bestätigt worden ist, dass eine Löschung der Warnmeldung aus Anlegerschutzgründen nicht angezeigt ist, solange noch jegliche Verbindungen zwischen der von der Warnung betroffenen inländischen Gesellschaft und den ausländischen Gesellschaften bestehen, wie beispielsweise Namensähnlichkeiten mit Gesellschaften in Hinweisen anderer Aufsichtsbehörden.

Die FMA hat einen Antrag auf Entfernung der Warnmeldung abgewiesen. Dass strafrechtliche Ermittlungen zwischenzeitlich eingestellt worden waren, da in strafrechtlicher Hinsicht keine Verantwortlichkeit festgestellt werden konnte, heisst nicht, dass die Warnmeldung entfernt werden muss, da nach wie vor ein Schutzbedürfnis der Anleger bzw. der potentiellen Anleger besteht. Dieses war nach wie vor gegeben, da einerseits eine Zurechnung des Angebots und der Tätigkeiten gegeben war und da trotz der zwischenzeitlichen Anpassung der Website nach wie vor Namensähnlichkeiten bestanden. Andererseits war die betreffende Gesellschaft in einer Investorenwarnung einer anderen Aufsichtsbehörde als «Zentrale Holdinggesellschaft» genannt.

### LIQUIDATION IN FOLGE DES ERLÖSCHENS DER BEWILLIGUNG ALS E-GELD-INSTITUT

<sup>96</sup> Mit einem umfang- und detailreichen Verwaltungsbot regelte die FMA das Erlöschen einer Bewilligung als E-Geld-Institut und die damit verbundenen einzelnen Rechte und Pflichten des Instituts, des Liquidators und der FMA selbst.

<sup>97</sup> Der Entscheid der FMA hat folgenden Wortlaut:

- «1. Es wird gegenüber [X] festgestellt, dass die Bewilligung als E-Geld-Institut [...] gemäss Art 19 Abs 1 lit c EGG vollumfänglich erloschen ist.
2. [X] hat bis zum [...] der FMA den Beschluss der Generalversammlung über den Verzicht auf die Bewilligung nach dem EGG sowie über die freiwillige Liquidation zu übermitteln. Gleichzeitig ist der FMA der Liquidator bekanntzugeben sowie ein aktualisierter Handelsregister-Auszug zu übermitteln.



3. *Es wird festgestellt, dass die FMA iSd Art 4 FMAG, Art 19 Abs 1 lit c und Abs 2 iVm Art 22 Abs 2, Abs 3 und Art 35 Abs 2 lit c EGG berechtigt ist,*
  - a. *die für die Durchführung der Liquidation und Abwicklung der laufenden Geschäfte in Bezug auf [X] erforderlichen Massnahmen zu treffen;*
  - b. *dem Liquidator der [X] notwendige Weisungen zu erteilen sowie*
  - c. *den Liquidator der [X] zu überwachen.*
4. *Es wird festgestellt, dass die unter Spruchpunkt 3. genannten Befugnisse der FMA solange gelten, bis [X] keine Tätigkeiten iSd Art 5 Abs 2 EGG mehr ausübt oder auszuüben hat, die für ihre Abwicklung erforderlich sind, sowie auch keine Gefährdung der im Art 4 FMAG definierten Ziele vorliegt.*
5. *Es wird festgestellt, dass [X] nur mehr berechtigt ist, jene Tätigkeiten iSd Art 5 Abs 2 EGG auszuüben, die für ihre Abwicklung erforderlich sind.*
6. *[X] sowie der Liquidator sind bei der Abwicklung der Gesellschaft verpflichtet, die sorgfaltsrechtlichen Pflichten einzuhalten.*
7. *[X] wird gemäss Art 35 Abs 2 lit c EGG mit sofortiger Wirkung aufgetragen, die FMA unverzüglich zu informieren, sollte sich abzeichnen, dass die Liquidationsmasse nicht zur Befriedigung der Gläubigerforderungen ausreicht.*
8. *[X] wird gemäss Art 35 Abs 2 lit c EGG mit sofortiger Wirkung aufgetragen, die FMA unverzüglich zu informieren, sobald diese keine Tätigkeiten iSd Art. 5 Abs. 2 EGG mehr ausübt oder auszuüben hat und somit alle bewilligungspflichtigen Geschäfte abgewickelt wurden.*
9. *Dem Liquidator der [X] wird mit seiner Ernennung aufgetragen, die FMA bis zum [...] jeweils im Abstand von zwei Wochen mindestens über folgende Aspekte zu informieren:*
  - a. *aktueller Status und die erreichten Fortschritte im Zusammenhang mit der Liquidation, einschliesslich einer quantitativen Einschätzung zum Gesamtliquidationserlös zum jeweiligen Stichtag mit dazugehöriger Liquidationsbilanz, Liquidationserfolgsrechnung, Ausserbilanz, Entwicklung der Wertberichtigungen und Rückstellungen samt zweckmässiger Erläuterungen sowie über die Liquidierung der Restbestände;*
  - b. *Informationen zu bestehenden und sich abzeichnenden Liquidationsproblemen;*
  - c. *Beschreibung allfälliger Rechtsstreitigkeiten inkl. Beurteilung der daraus resultierenden Rechtsrisiken;*
  - d. *Anzahl der Kundenbeziehungen sowie der Gesamtbetrag der Forderungen und Verbindlichkeiten;*
  - e. *Anzahl weiterer Gläubiger und Schuldner sowie der Gesamtbetrag der Forderungen und Verbindlichkeiten;*
  - f. *zusammengefasste Information über abgehaltene Eigentümerversammlungen;*
  - g. *Probleme und Umgang mit Beendigungen von aufrechten Verträgen;*
  - h. *kurze zusammengefasste Darstellung über allfällige Korrespondenzen mit anderen nationalen Behörden.*

10. Die FMA behält sich das Recht vor, die unter den Spruchpunkten 7., 8., und 9. angeordneten Massnahmen situationsbedingt anzupassen, einzuschränken, zu verlängern oder zu erweitern.

11. Einem Rechtsmittel gegen die Spruchpunkte 2., 6., 7. und 8. wird die aufschiebende Wirkung gemäss Art 116 Abs 3 lit a LVG entzogen.»

<sup>98</sup> Eingangs hält die FMA fest, dass der Erlass von Feststellungsverfügungen zulässig ist, sofern ein (strittiges) Rechtsverhältnis geklärt werden soll (Art. 86 Abs. 2 Bst. b LVG) oder wenn sich Parteien im Falle, als sie die Rechtslage ungeklärt lassen, der Gefahr einer Bestrafung aussetzen. Das erscheint hier deshalb angebracht, um für die X AG die Rechtslage aufgrund der Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. b EGG zu klären und Rechtssicherheit zu erlangen.

<sup>99</sup> Will ein Bewilligungsträger seine Tätigkeit als E-Geld-Institut beenden, ist der FMA der Beschluss der Generalversammlung der AG über den Verzicht auf die Bewilligung nach EGG sowie über die freiwillige Liquidation zu übermitteln. Danach erlischt die Bewilligung als E-Geld-Institut gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. c EGG automatisch ex lege. Die FMA teilt das Erlöschen dem ehemaligen Bewilligungsträger zwar mit; dies entfaltet aber keine konstitutive Wirkung.

<sup>100</sup> Art. 22 EGG normiert bei Erlöschen einer Bewilligung nach Art. 19 EGG unter anderem, dass die FMA die für die Durchführung der Liquidation und die Abwicklung der laufenden Geschäfte erforderlichen Massnahmen trifft, dem Liquidator die notwendigen Weisungen erteilt (Abs. 2) sowie den Liquidator überwacht (Abs. 3). Darüber hinaus ergibt sich aus der allgemeinen Bestimmung des Art. 4 FMAG, dass die FMA den Liquidator zu überwachen und die notwendigen Weisungen zu erteilen hat.

<sup>101</sup> Nach Erlöschen der Bewilligung ist die X AG grundsätzlich nicht mehr berechtigt, E-Geld-Geschäfte bzw. Zahlungsdienstleistungen i.S.d. Art. 5 Abs. 2 EGG zu erbringen oder anzubieten. Bis zur endgültigen Abwicklung der Geschäfte bleiben die vorgesehenen Kompetenzen der FMA bestehen. Auch haben die bisherige Bewilligungsträgerin und der Liquidator in diesem Stadium gesetzliche Sorgfaltspflichten einzuhalten.

<sup>102</sup> Die FMA trägt der X AG bzw. dem zu bestellenden Liquidator gemäss Art. 35 Abs. 2 Bst. c EGG besondere Berichtspflichten auf. Neben den Spruchpunkten 7. und 8. gehören dazu die konkreten Anordnungen nach Spruchpunkt 9. Die FMA führt dazu aus:

«Die unter Spruchpunkt 9. genannten Aspekte stellen die zur Überwachung notwendigen, wesentlichen Informationen dar, wobei die FMA sowohl die Inhalte als auch die festgesetzte Periode gemäss Spruchpunkt 10. im Bedarfsfall abändern wird. Eine blosser Berichtspflicht ist an sich ein gelindes Mittel; die zu berichtende Information ist für die Wahrnehmung der Überwachungstätigkeit der FMA naturgemäss erforderlich. Nach Ablauf der Befristung werden neuerliche Berichtspflichten verfügt.»

<sup>103</sup> **Anmerkung der FMA:** Dieser Entscheid ist für die FMA von Relevanz, zumal gegenüber einem E-Geld-Institut das Erlöschen der Bewilligung infolge eines schriftlichen Verzichts sowie die Kompetenzen der FMA bei einer Liquidation aufgrund des Bewilligungsverzichts spruchgemäss festgestellt und in den Entscheidungsgründen schlüssig hergeleitet wurden.



# ASSET MANAGEMENT UND MÄRKTE

## KRITERIEN EINES ÖFFENTLICHEN ANGEBOTS VON WERTPAPIEREN

<sup>104</sup> Dem hier anzuzeigenden Fall liegt eine umfangreiche Verfahrensgeschichte zugrunde, bei der folgende drei Entscheide gefällt wurden:

1. Verfügung der FMA vom 3. Juni 2020 gegen die X Immobilien AG PCC (in Konkurs);
2. Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 18. Juni 2021 nach Antrag der FMA-BK auf Vorabentscheidung;
3. Entscheidung der FMA-BK vom 30. September 2021 über die Beschwerde der X Immobilien AG PCC gegen die Verfügung der FMA.

<sup>105</sup> Die spätere Beschwerdeführerin ist eine im liechtensteinischen Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft (Protected Cell Company) nach liechtensteinischem Recht. Über deren Vermögen ist mit Beschluss des LG als Konkursgericht das Konkursverfahren eröffnet worden.

<sup>106</sup> Die X Immobilien AG PCC (im Folgenden «X AG») war Emittentin des Angebots «X money Festzins» und «X money Hypozins». Das Angebot «X money Festzins» wurde auf der Website «<https://X.money/>» beworben. Ein Prospekt für das öffentliche Angebot der genannten Anleihe war durch die FMA nicht gebilligt worden. Ebenso wurde keine Notifikation eines Prospekts registriert. Die FMA untersagte das öffentliche Angebot der Anleihe «X money Festzins» in Liechtenstein gestützt auf Art. 10 Abs. 2 Bst. f EWR-WPPDG. Sie ordnete die Bekanntmachung der Untersagung und des Fehlens eines Prospekts nach Art. 10 Abs. 2 Bst. i EWR-WPPDG an.

<sup>107</sup> In ihren Entscheidungsgründen hält die FMA zunächst fest, dass ihr gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. g FMAG die Aufsicht und der Vollzug des Gesetzes zur Durch-

führung der Verordnung (EU) 2017/1129 über den Prospekt obliegen, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist: EWR-WPPDG. Die Prospektverordnung findet in Liechtenstein unmittelbar Anwendung.

<sup>108</sup> Die FMA prüft, ob das Anlageprodukt «X money Festzins» die Kriterien eines Wertpapiers im Sinne der europäischen Richtlinie 2014/65/EU über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II) erfüllt; das wird bejaht.

<sup>109</sup> Eine Analyse der Anleihe ergibt, dass diese auf der Website mit folgenden relevanten Informationen beschrieben wird:

- 100 % erstrangige Unternehmensanlage;
- 4,25 bis 5,50 % feste Zinsen pro Jahr;
- ab 12 Monate Mindestlaufzeit;
- vierteljährlicher Zinszahlung;
- Anlage bereits ab 10 000 EUR möglich;
- kein Agio;
- keine Vermittlungsgebühren.

<sup>110</sup> In den Schuldverschreibungsbedingungen wurde darauf hingewiesen, dass die Emittentin für dieses Angebot von der Ausnahmvorschrift des Art. 5 Abs. 1 Bst. b liechtensteinisches WPPG Gebrauch mache, wonach sich das Angebot an weniger als 150 nicht qualifizierte Anleger richtet.

<sup>111</sup> Die FMA gelangt zum Ergebnis, dass das Angebot im Internet einer unbegrenzten Anzahl potenzieller Anleger zur Kenntnis gebracht wurde und dass dabei der Mindestanlagebetrag, die Verzinsung, die Dauer der Investition, die Höhe der Rückerstattung und die Mittelverwendung bzw. die Geschäftstätigkeit der Emittentin mitgeteilt wurden. Der Mindestinhalt für ein öffentliches Angebot i.S.d. Art. 2 Bst. d der Prospektverordnung war somit vorhanden. Die Ausnahme eines Angebots an weniger als 150 nicht qualifizierte

Anleger war nicht einschlägig, da das Angebot ohne Zugangsbeschränkungen auf der Homepage der Emittentin vorhanden war. Es wäre daher die Erstellung und Veröffentlichung eines gebilligten Wertpapierprospektes erforderlich gewesen. Da dies nicht geschah und nach begründeter Auffassung der FMA auch kein Ausnahmetatbestand der Prospektverordnung greifen konnte, war das öffentliche Angebot der Anleihe «X money Festzins» in Liechtenstein zu untersagen.

<sup>112</sup> Gestützt auf Art. 21a Abs. 2 FMAG und Art. 10 Abs. 2 Bst. i EWR-WPPDG war die FMA befugt, das Nichtnachkommen der normierten Verpflichtung zur Erstellung eines Wertpapierprospektes bekannt zu machen. In genereller Hinsicht führte die FMA dazu aus:

<sup>113</sup> «Aus Sicht der FMA ist eine Information der Öffentlichkeit (mittels Publikation eines entsprechenden Hinweises auf ihrer Webseite) daher immer dann jedenfalls notwendig, wenn für die FMA der Verdacht besteht, dass Kunden bezüglich eines unlauteren Verhaltens seitens eines Finanzintermediärs zu Schaden kommen könnten. Mangels publiziertem Prospekt und daraus resultierendem Fehlen der relevanten und normierten Mindestinformationen für die Anleger, besteht der begründete Verdacht, dass potentielle Anleger nicht ausreichend über die Folgen und Risiken bzgl. einer Investition aufgeklärt werden.»

<sup>114</sup> Gegen die Verfügung der FMA erhob die X AG Beschwerde bei der FMA-BK. Bevor diese darüber befand, richtete sie ein Vorabentscheidungsersuchen an den EFTA-Gerichtshof. Der Antrag der FMA-BK bezog sich auf die Auslegung der Verordnung (EU) 2017/1129, insbesondere deren Art. 1 Abs. 4 Bst. b und Art. 2 Bst. d. Die FMA-BK legte dem Gerichtshof folgende Fragen vor:

<sup>115</sup> «1. Anhand welcher Kriterien ist zu beurteilen, ob im Sinne von Artikel 2 Buchstabe d der Verordnung (EU) 2017/1129 des Europäischen Par-

laments und des Rates vom 14. Juni 2017 über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist, ausreichende Informationen über die Angebotsbedingungen und die anzubietenden Wertpapiere erteilt wurden, um einen Anleger in die Lage zu versetzen, sich für den Kauf oder die Zeichnung jener Wertpapiere zu entscheiden?

<sup>116</sup> 2. Ist es zur Beurteilung der Frage, ob ein öffentliches Angebot im Sinne von Artikel 2 Buchstabe d der erwähnten Verordnung vorliegt, von Bedeutung, wenn die Bewerbung mit dem gut ersichtlichen Hinweis ‚HIER INFORMIEREN‘ bzw. ‚Unverbindlich informieren‘ erfolgt und die vollständigen Anleihenbedingungen nicht online abrufbar und auch sonst nicht allgemein zugänglich sind?

<sup>117</sup> 3. Ist es im Sinne von Artikel 1 Absatz 4 Buchstabe b dieser Verordnung von Bedeutung, wenn der Anbieter durch geeignete Massnahmen sicherstellt, dass die vollständigen Anleihenbedingungen nur über Anfrage an Interessenten übermittelt werden, wobei zugleich sichergestellt ist, dass die Übermittlung nur an maximal 149 natürliche oder juristische Personen pro Mitgliedstaat, bei denen es sich nicht um qualifizierte Anleger handelt, erfolgt?

<sup>118</sup> 4. Ist es im Sinne von Artikel 1 Absatz 4 Buchstabe b dieser Verordnung von Bedeutung, dass das Angebot in einem Mitgliedstaat im Wege verschiedenartiger Medien verbreitet wird? Für den Fall der Bejahung: Unter welchen Voraussetzungen ist das in verschiedenartigen Medien enthaltene Angebot als gemeinsames öffentliches Angebot desselben Wertpapiers anzusehen bzw. unter welchen Voraussetzungen liegt ein neues Angebot vor? Kann durch

*Aufteilung des Angebots auf verschiedene Medien erreicht werden, dass die Zahl von 150 natürlichen oder juristischen Personen pro Mitgliedstaat unterschritten wird?»*

<sup>119</sup> Unter ausführlicher Begründung und in Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erstellte der EFTA-Gerichtshof folgendes Gutachten:

<sup>120</sup> «1. Ob ausreichende Informationen über die Angebotsbedingungen und die anzubietenden Wertpapiere erteilt wurden, um einen Anleger in die Lage zu versetzen, sich für den Kauf oder die Zeichnung der Wertpapiere im Sinne von Artikel 2 Buchstabe d der Verordnung (EU) 2017/1129 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist, zu entscheiden, ist im Einzelfall zu beurteilen.

*Unter Umständen wie jenen des Ausgangsverfahrens handelt es sich – vorbehaltlich der Verifizierung durch die vorliegende Stelle – um ein «öffentliches Angebot von Wertpapieren» im Sinne von Artikel 2 Buchstabe d der Verordnung (EU) 2017/1129.*

<sup>121</sup> 2. *Es kann zur Beurteilung der Frage, ob ein «öffentliches Angebot von Wertpapieren» im Sinne von Artikel 2 Buchstabe d der Verordnung (EU) 2017/1129 vorliegt, relevant sein, wenn eine Mitteilung gewisse gut ersichtliche Hinweise enthält, dass weitere Informationen anderweitig eingeholt werden können und die vollständigen Anleihenbedingungen nicht online abrufbar und auch sonst nicht allgemein zugänglich sind. Enthält eine Mitteilung jedoch bereits ausreichende Informationen im Sinne von Artikel 2 Buchstabe d, ändert die Aufnahme solcher Aussagen oder die Tatsache,*

*dass die vollständigen Anleihenbedingungen nicht online abrufbar und auch sonst nicht allgemein zugänglich sind, nichts an ihrer Einstufung als «öffentliches Angebot von Wertpapieren».*

<sup>122</sup> 3. *Es ist im Sinne von Artikel 1 Absatz 4 Buchstabe b der Verordnung (EU) 2017/1129 von Bedeutung, dass ein Wertpapierangebot nur über Anfrage an Interessenten übermittelt wird, wobei zugleich sichergestellt ist, dass die Übermittlung nur an maximal 149 natürliche oder juristische Personen pro EWR-Staat, bei denen es sich nicht um qualifizierte Anleger handelt, erfolgt. Um sich jedoch auf die Ausnahme gemäss Artikel 1 Absatz 4 Buchstabe b berufen zu können, muss sich das Wertpapierangebot an weniger als 150 natürliche oder juristische Personen pro EWR-Staat richten, bei denen es sich nicht um qualifizierte Anleger handelt. Der in dieser Bestimmung festgelegte Grenzwert kann nicht umgangen werden, indem das Angebot in einem EWR-Staat im Wege verschiedenartiger Medien verbreitet wird.»*

<sup>123</sup> Die FMA-BK gab der Beschwerde keine Folge. In ihrer Begründung hält sie sich an das Gutachten des EFTA-Gerichtshofs: Aus dem EWR-Recht ergebe sich zwar keine strenge (formelle) Bindungswirkung, doch sei die FMA-BK «zufolge des Loyalitätsgrundsatzes (Art. 3 EWRA)» daran gebunden.

<sup>124</sup> Die FMA-BK weist die Argumentation der Beschwerdeführerin zurück, es handle sich vorliegend um kein öffentliches Angebot von Wertpapieren, da die Anleihenbedingungen und der Zeichnungsschein auf der Website der Emittentin nicht frei verfügbar waren und zumal die bloss unverbindliche Informationsmöglichkeit keine Willenserklärung mit Veräusserungsabsicht der Anleihe darstelle:

«Dem ist mit der Vorinstanz und dem EFTA-Gerichtshof entgegenzuhalten: Aus einer systematischen Auslegung der VO 2017/1129 folgt, dass das Mindestmass an Informationen, das erforderlich ist, um im Sinne von Art 2 lit d dieser VO ausreichend zu sein, zwangsläufig geringer sein muss als das Ausmass an Informationen, das in einem im Sinne der VO erstellten Prospekt enthalten sein muss. Andernfalls wäre die Untergliederung in zwei verschiedene Verfahrensschritte in der VO redundant. Der Umfang der von der Beschwerdeführerin gegebenen Informationen ist ausreichend, um einen Anleger in die Lage zu versetzen, sich für den Kauf oder die Zeichnung jener Wertpapiere zu entscheiden (RN 34 und 39 des Gutachtens des EFTA-GH). Dass Aussagen wie «hier informieren» bzw. «unverbindlich informieren» getätigt werden und dass Anleihebedingungen nicht online abrufbar und auch sonst nicht allgemein zugänglich sind, ändern an der Einschätzung «öffentliches Angebot von Wertpapieren» nichts (Gutachten des EFTA-GH, RN 43). Daraus ergibt sich, dass das Angebot der Beschwerdeführerin sehr wohl als öffentliches Angebot von Wertpapieren im Sinne von Art 2 lit d VO 2017/1129 anzusehen ist. Dieser Einwand versagt somit.»

<sup>125</sup> Ebenfalls die Behauptung, es sei gewährleistet, dass die Ausnahmevorschrift des Art. 1 Abs. 4 Bst. d der VO eingehalten werde (Angebot an weniger als 150 Personen), da nach 150 Anlegern ein neues Segment der PCC eröffnet werden würde, weist die FMA-BK zurück:

«Auch diesem Einwand ist mit der Finanzmarktaufsicht und dem EFTA-Gerichtshof zu begegnen, und zwar wie folgt: Wenn ein öffentliches Angebot von Wertpapieren im Internet für jedermann frei zugänglich veröffentlicht und beworben wird, ist davon auszugehen, dass sich dieses Angebot im Sinne von Art 1 Abs 4 lit b der VO 2017/1129 an eine unbegrenzte Anzahl möglicher Personen richtet (Gutachten des EFTA-Gerichtshofs RN 50).»

<sup>126</sup> **Anmerkung der FMA:** Die Entscheidungen des EFTA-Gerichtshofs und der FMA-BK sind für die FMA von grösster Bedeutung, da der EFTA-Gerichtshof infolge einer Vorlage der FMA-BK über die Kriterien des öffentlichen Angebots von Wertpapieren, die Teilung des Angebots auf verschiedene Medien und den Ausnahmetatbestand des auf 150 Personen beschränkten Anlegerkreises entschieden hat. Nur auf die Prospektverordnung und deren Erläuterungen konnten die Massnahmen der FMA gestützt werden, da weder die vorhandene Fachliteratur noch die (geringe) Rechtsprechung im Prospektrecht einen ähnlichen Fall enthielten. Der Fall nebst Urteil wurde auch ESMA und den anderen Behörden vorgestellt und seitens der Partnerbehörden begrüsst, da es bislang zu dieser Thematik keinen höchstrichterlichen Entscheid gab. Insbesondere der Entscheid des EFTA-Gerichtshofs wird daher auch über Liechtenstein hinaus richtungweisend sein und berücksichtigt werden.

Aus Sicht der FMA ist das Urteil zusätzlich von besonderer Bedeutung, da es die Sofortmassnahmen der FMA aus dem Jahr 2020 stützt (vgl. FMA-BK 2020/16) und die Gefahren der Verwendung einer PCC bei einer Wertpapieremission aufzeigt.

## VERLETZUNG VON MELDEPFLICHTEN

<sup>127</sup> Die FMA verpflichtete mit Verfügung A, B und C als Mitglieder der Geschäftsleitung der X AG sowie die X AG als Haftungsbeteiligte zur Zahlung einer Busse in Höhe von CHF 10 000; dies gestützt auf Art. 62 Abs. 3 Ziff. 4 i. V. m. Art. 63 VVG. Die drei Geschäftsleitungsmitglieder hatten es unterlassen, die Bewilligung der beabsichtigten personellen Änderungen der Bestellung von Herrn Y zum weiteren Mitglied der Geschäftsleitung vorgängig bei der FMA zu beantragen und der FMA dafür die notwendigen Unterlagen zu überlassen.



<sup>128</sup> Gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. a VVG bedürfen personelle Änderungen in der Geschäftsleitung einer vorgängigen Bewilligung durch die FMA. Dabei sind gemäss Art. 10 Abs. 3 VVG der FMA alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die sie benötigt, um die Änderungen umfassend dahingehend überprüfen zu können. Gegen diese Verpflichtung hatte die Geschäftsleitung der XAG verstossen. Y wurde erwiesenermassen als Leitungsmitglied tätig, ohne dass die FMA dies bewilligt hätte.

<sup>129</sup> Zur solidarischen Haftung hielt die FMA fest:

*«Werden Widerhandlungen im Geschäftsbetrieb einer Vermögensverwaltungsgesellschaft begangen, so finden gemäss Art. 63 VVG die Strafbestimmungen auf die Personen Anwendung, die für sie gehandelt haben oder hätten handeln sollen, jedoch unter solidarischer Mithaftung der juristischen Person oder der Gesellschaft für Geldstrafen und Bussen.»*

<sup>130</sup> Die Veröffentlichung der Verfügung in anonymisierter Form stützte die FMA auf Art. 21a Abs. 5 FMAG i. V. m. Art. 64a VVG. Zur Anonymisierung führte die FMA aus:

*«Eine namentliche Veröffentlichung wäre nach Ansicht der FMA bei Vornahme einer Interessenabwägung aber nicht verhältnismässig. Anstelle einer namentlichen Veröffentlichung kann unter Berücksichtigung des mit einer namentlichen Veröffentlichung verbundenen Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen und des öffentlichen Interesses und Bedürfnisses nach Information und Transparenz daher mit einer Veröffentlichung in anonymisierter Form als gelinderes Mittel das Auslangen gefunden werden. Die Veröffentlichung der Sanktion in anonymisierter Form dient der Rechtssicherheit und somit der Stabilität der Finanzmärkte und gefährdet keine laufenden strafrechtlichen*

*Ermittlungen. Insbesondere unter Berücksichtigung des Schadens für die betroffenen natürlichen oder juristischen Personen ist die Veröffentlichung der Sanktion nach Rechtskraft der Entscheidung in anonymisierter Form zudem verhältnismässig.»*

<sup>131</sup> **Anmerkung der FMA:** Dieser Entscheid ist für die FMA von erheblicher Bedeutung, da wegen des Unterlassens der vorgängigen Anzeige der erfolgten Änderung der personellen Zusammensetzung der Geschäftsleitung gegenüber den Mitgliedern der Geschäftsleitung sowie der Vermögensverwaltungsgesellschaft als Haftungsbeteiligte gemäss Art. 62 Abs. 3 Z 4 i. V. m. Art. 63 VVG zur ungeteilten Hand eine Busse i. H. v. CHF 10 000 ausgesprochen wurde. Die geänderte Geschäftsleitung wurde der FMA über einen erheblichen Zeitraum verschwiegen und trotz frühen Hinweises durch die Revisionsstelle nicht ordnungsgemäss gemeldet bzw. besetzt.

# VERSICHERUNGEN UND VORSORGE- EINRICHTUNGEN

## VERLETZUNG VON BERICHTERSTATTUNGSPFLICHTEN UND NICHT-NACHKOMMEN EINER VERFÜGUNG DER FMA

<sup>132</sup> Mit Verfügung vom 16. Mai 2019 verhängte die FMA gegen zwei von drei ehemaligen Verwaltungsratsmitgliedern eines Versicherungsunternehmens (eines dieser Verwaltungsratsmitglieder war gleichzeitig Vorsitzender der Geschäftsleitung) jeweils eine Busse in Höhe von CHF 30 000 sowie eine Gebühr in Höhe von CHF 6000 bzw. CHF 4000. Die Gebühr wurde hinsichtlich eines Verwaltungsrates höher festgesetzt, weil im Rahmen eines durch diesen Verwaltungsrat veranlassten Zwischenverfahrens eine Verfügung der FMA erging, für die jedoch keine besondere Gebühr festgesetzt wurde.

<sup>133</sup> Den Verwaltungsratsmitgliedern wurde vorge-

- den Berichterstattungspflichten gemäss Art. 314 Abs. 1 Bst. a i. V. m. Art. 314 Abs. 2 der Delegierten Verordnung (EU) 2015/35 der Kommission vom 10. Oktober 2014 zur Ergänzung der Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) (DeVO) und gemäss Art. 99 i. V. m. Art. 266 Abs. 3 VersAG nicht rechtzeitig nachgekommen zu sein und dadurch die Übertretung nach Art. 257 Abs. 3 Bst. d VersAG zu verantworten;
- vorgeschriebene Genehmigungen der FMA im Hinblick auf mehrere Ausgliederungsverträge nicht eingeholt zu haben und daher dadurch die Übertretung nach Art. 257 Abs. 3 Bst. a VersAG zu verantworten; und
- einer Verfügung der FMA betreffend die Untersagung des Abschlusses neuer Versicherungsverträge (Einstellung des Neugeschäfts) bis zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes gemäss Art. 182 Abs. 5 Bst. b VersAG sowie die Anordnung

von Massnahmen zur Vermeidung von Missständen gemäss Art. 182 Abs. 2 VersAG durch den Abschluss neuer Versicherungsverträge nicht nachgekommen zu sein und dadurch die Übertretung nach Art. 257 Abs. 3 Bst. h VersAG zu verantworten.

<sup>134</sup> Im Rahmen des Verfahrens wurden Ablehnungs- und Ausschlussanträge gegen zahlreiche Mitarbeitende des Bereichs Versicherungen und Vorsorgeeinrichtungen sowie gegen die Geschäftsleitung der FMA gestellt. Weiters wurden prozessuale Anträge in Anlehnung an die prozessualen Regeln, die für Verfahren vor den Gerichten gelten, gestellt, darunter die Anträge, den Strafantrag zu verlesen, die im Verwaltungsstrafverfahren für die FMA handelnden Personen (Verhandlungsleiter, Beisitzer, Protokollführer, Ankläger, Richter) zu benennen, über den Antrag auf Nennung der im Verwaltungsstrafverfahren handelnden Personen abzusprechen und diesen Beschluss zu verkünden, eine prozessordnungskonforme Ladung zuzustellen, sowie das Urteil in der Schlussverhandlung zu fällen und mündlich zu verkünden. Auch Einstellungsanträge wurden mit verschiedenen Begründungen gestellt.

<sup>135</sup> Diese Anträge wurden im Rahmen der Verfügung vom 16. Mai 2019 allesamt abgewiesen oder zurückgewiesen.

Dazu führte die FMA (insbesondere mit Verweis auf VGH 2017/111) aus: *«Auch hinsichtlich der gestellten Anträge, wonach die Behörde die im Verwaltungsstrafverfahren handelnden Personen (Verhandlungsleiter, Beisitzer, Protokollführer, Ankläger, Richter) zu benennen habe, kann auf die Ausführungen des VGH in der im Rahmen dieses Verwaltungsverfahrens [Anm.: ca. zwei Jahre zuvor] ergangenen Entscheidung (VGH 2017/111) verwiesen werden. Innerhalb einer für das Verwaltungsstrafverfahren zuständigen Behörde muss und kann nicht zwischen verschiedenen Abteilungen und Organen, die unterschiedliche Aufgaben wie Ermittlung, Erstellung eines Strafantrages und Beurteilung eines Strafantrages*

wahrzunehmen hätten, unterschieden werden. Die Beschwerdeführer stützten die Anträge auf Nennung der im Verwaltungsstrafverfahren handelnden Personen im Wesentlichen auf Art. 59 des Gesetzes vom 24. Oktober 2007 über die Organisation der ordentlichen Gerichte (GOG) sowie auf Art. 12 Abs. 1 LVG. Die FMA als Behörde ist kein Gericht, weshalb das GOG keine Anwendung findet. [...] Daher waren auch die auf Nennung der im Verwaltungsstrafverfahren handelnden Personen gerichteten Anträge sowie die Anträge, über diese Anträge mittels rechtsmittelfähiger Verfügung abzusprechen, zurückzuweisen. Zurückzuweisen war daher auch der Antrag, wonach den Beschuldigten eine «prozessordnungskonforme» Ladung (also mit Nennung der handelnden Personen) zuzustellen wäre.

<sup>136</sup> Auch im Hinblick auf die gestellten Einstellungsanträge kann im Wesentlichen auf die Ausführungen des VGH in der im Rahmen dieses Verwaltungsverfahrens ergangenen Entscheidung (VGH 2017/111) verwiesen werden. Die Behörde muss das Verwaltungsstrafverfahren von Amts wegen einstellen, wenn sie bereits zur Überzeugung gelangt ist, dass die Voraussetzungen zur Verfahrenseinstellung vorliegen. In der StPO ist lediglich im Rahmen des Untersuchungsverfahrens die Möglichkeit des Beschuldigten vorgesehen, die Verfahrenseinstellung zu beantragen. Das LVG verweist jedoch nicht auf das Kapitel des Untersuchungsverfahrens in der StPO. Es besteht daher im Verwaltungsstrafverfahren keine gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, die Einstellung des Verfahrens zu beantragen. Da die Stellung dieses Antrags nicht vorgesehen ist, waren die darauf gerichteten Anträge zurückzuweisen.

<sup>137</sup> Wenn im Verwaltungsstrafverfahren ein Antrag auf Einstellung des Verfahrens unzulässig ist, muss auch ein Antrag auf Unterbrechung des Verwaltungsstrafverfahrens bis zur Erledigung dieses Antrags auf Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens unzulässig sein (VGH 2017/111). Daher waren auch die auf Unterbrechung des Verfahrens gerichteten Anträge zurückzuweisen.»

<sup>138</sup> In Zweifel gezogen wurde auch die von der FMA angenommene Verjährungsfrist von einem Jahr nach §§ 57, 58 StGB, da nach Ansicht der verfahrensunterworfenen Personen anstelle dieser aufgrund des Verweises auf § 532 StGB in Art. 139 Abs. 5 LVG viel mehr eine Verjährungsfrist von drei Monaten zur Anwendung gelange.

<sup>139</sup> Schliesslich wurde auch bemängelt, dass es sich bei der FMA nicht um ein Tribunal im Sinne der EMRK handle und das in der Verfassung des Fürstentums Liechtenstein normierte Anklageprinzip nicht eingehalten worden sei. Ebenfalls diesbezüglich verwies die FMA auf die Entscheidung VGH 2017/111, worin der VGH ausgeführt hatte: «Auf Verwaltungsstrafverfahren sind vornehmlich die Bestimmungen von Art. 139 ff. LVG anwendbar (Art. 139 Abs. 1 LVG). Für das Verfahren ist erstinstanzlich entweder die Regierung oder die gemäss Spezialgesetz zuständige (öffentliche) Behörde, wie vorliegendenfalls die FMA, zuständig. [Übernahme der Rechtsprechung des VGH; vgl. hinten Rz 151 ff.] Dies bedeutet auch, dass innerhalb einer für das Verwaltungsstrafverfahren zuständigen Behörde nicht, wie der Beschwerdeführer vermeint, zwischen verschiedenen Abteilungen und Organen, die unterschiedliche Aufgaben wie Ermittlung, Stellung eines Strafantrages und Beurteilung eines Strafantrages, wahrzunehmen hätten, [unterschieden] werden kann und muss.»

<sup>140</sup> Dazu führt die FMA (wiederum mit Verweis auf VGH 2017/111) aus: «Daher gibt es im Verwaltungsstrafverfahren weder einen Bestrafungsantrag eines Staatsanwaltes (Anklage, Strafantrag) noch einen Richter. [...] Da kein Strafantrag existiert (siehe oben), kann dieser auch nicht verlesen werden, weshalb der darauf gerichtete Antrag zurückzuweisen war.»

Gegen die Entscheidung der FMA wurde Beschwerde an die FMA-BK eingebracht.

### Entscheidung der FMA-BK

<sup>141</sup> Mit Entscheidung vom 3. Oktober 2019 entschied die FMA-BK, dass der Vorwurf der Übertretung nach Art. 257 Abs. 3 Bst. a VersAG einzustellen sei, da die Nichteinholung der vorgeschriebenen Genehmigungen für Ausgliederungsverträge einen Zeitraum vor Inkrafttreten des VersAG am 1. Januar 2016 betreffe und der Straftatbestand erst seit Inkrafttreten des VersAG gelte.

<sup>142</sup> Hinsichtlich der anderen beiden Verstösse bestätigte die FMA-BK den Ausspruch der FMA dem Grunde nach, senkte die Bussen jedoch auf jeweils CHF 5000 herab und reduzierte die Gebühr auf CHF 3000, wobei die Bezahlung der Gebühr beiden Verwaltungsratsmitgliedern jeweils zur Hälfte auferlegt wurde.

<sup>143</sup> Dabei hielt die FMA-BK fest, dass es für einen Verstoss gegen eine Verfügung, die den Abschluss von Neugeschäft untersagt, ausreicht, dass die Untersagungsverfügung (fahrlässig) nicht korrekt, nämlich durch konkreten Hinweis auf die Untersagungsverfügung der FMA in den Schreiben an die Broker, umgesetzt worden ist.

<sup>144</sup> Die FMA-BK stellt auch fest, dass die beiden Personen für die jeweiligen Übertretungen des anderen mithafteten: *«Beide haften jedoch auch für die jeweils andere Übertretung, sind doch der Geschäftsführer und der Verwaltungsratspräsident verpflichtet (Art 177 Abs 4 VersAG), sich ganz generell um die Umsetzung der elementarsten Verpflichtungen eines Versicherungsunternehmens, d.h. um die rechtzeitige Berichterstattung an die Aufsichtsbehörde und um die Umsetzung einer Untersagungsverfügung (eine solche wird ja nicht alle Tage zugestellt) zu kümmern, wozu wieder auf Art 177 Abs 4 VersAG hinzuweisen ist. Unterlassen sie dies, so sind sie dafür in verwaltungsstrafrechtlicher Hinsicht zur Verantwortung zu ziehen.»*

<sup>145</sup> Aus prozessualer Sicht hielt die FMA-BK einige bedeutsame Erkenntnisse fest. Zur Bussenverhängung führte sie aus, dass allfällige Nebenaspekte (hier der allfällige Ausschluss aus dem Institute of Chartered Accountants) ausser Betracht bleiben müssen und daher nicht berücksichtigt werden dürfen.

<sup>146</sup> Die FMA-BK führte weiters aus, dass sich Verdächtige zwar aller zur Verfügung stehenden Verteidigungsmittel bedienen dürfen, dass jedoch die hiedurch in Anspruch genommene Zeit nicht den Strafverfolgungsbehörden als lange Verfahrensdauer angelastet werden könne: *«Die Verfahrensdauer wurde schon von der Vorinstanz als mildernd anerkannt, allerdings war diese nicht gravierend, verstrichen doch von Verfahrenseinleitung [...] bis zum Ergehen der Endentscheidung genau zwei Jahre. Dies wird zum Teil durch den komplexen Sachverhalt und den Auslandsbezug gerechtfertigt. Zudem wurde die Verfahrensdauer auch durch die zwar zulässigen, jedoch das Verfahren verzögernden umfangreichen Bemühungen der Beschwerdeführer bzw. ihrer Verteidiger inkl. dem Erwirken von Parallel- und Zwischenentscheidungen durch Regierung, Verwaltungsgerichtshof und Beschwerdekommision jedenfalls mitverursacht: Verdächtige dürfen sich natürlich aller zur Verfügung stehender Verteidigungsmittel bedienen, doch kann die hiedurch in Anspruch genommene Zeit nicht den Strafverfolgungsbehörden angelastet werden [...]»*

<sup>147</sup> Zur Verringerung der Gebühr führte die FMA-BK aus, dass für erstinstanzliche Zwischenentscheidungen in Verwaltungsstrafverfahren keine Gebühren anfallen, weil es Verdächtigen eines Verwaltungsstrafverfahrens unbenommen bleiben muss, etwa Beweisanträge zu stellen, ohne damit jeweils das Risiko einzugehen, kostenfällig zu werden, andernfalls keine «Waffengleichheit» im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK gegeben wäre.

<sup>148</sup> Zu den von der FMA abgewiesenen Anträgen auf Ablehnung bzw. Ausschliessung zahlreicher Mitarbeiter der FMA hielt die FMA-BK fest, dass die Regierung nicht zur Behandlung solcher Anträge zuständig sei. Stattdessen könnten der Vorsitzende der Geschäftsleitung oder der Aufsichtsratspräsident darüber entscheiden, wobei diese Entscheidung vor der FMA-BK bekämpft werden könnte: *«Da es sich bei der Finanzmarktaufsicht um keine Kollegialbehörde, sondern um eine monokratische Behörde [...] handelt [...], ist aus dem qua Art 36 FMAG anwendbaren Art 12 Abs 3 LVG zu schliessen, dass der Vorsitzende der Geschäftsleitung (oder, wenn es sich um Geschäftsleitungsmitglieder handelt: der Aufsichtsratspräsident) über Ablehnungsanträge zu entscheiden hat, wie dies vom StGH bereits in Bezug auf Gemeinden judiziert wurde [...], allerdings wäre eine derartige Entscheidung nicht endgültig [...], sondern wäre sie mit Beschwerde bei der Beschwerdekommision anfechtbar. [...] Rechtsvergleichend sei dazu erwähnt, dass etwa das öAVG (das LVG beruht bekanntlich auf einem Vorentwurf zu den österr. Verwaltungsverfahrensgesetzen) kein förmliches Antrags- oder Ablehnungsrecht im unterinstanzlichen Verfahren und damit keine förmliche Absprache über Ablehnungsanträge vorsieht, jedoch von der entscheidenden Behörde verlangt, dass sie sich – wie hier geschehen – (zumindest) in der Begründung der das Verfahren abschliessenden Erledigung mit geltend gemachten (nach österr. Diktion) Befangenheitsgründen auseinanderzusetzen hat, was der Kontrolle durch die Rechtsmittelinstanz unterliegt.»*

<sup>149</sup> Inhaltlich sah auch die FMA-BK keinen der geltend gemachten Ablehnungs- oder Ausschliessungsgründe als gegeben an.

Gegen die Entscheidung der FMA-BK wurde Beschwerde an den VGH eingebracht.

## Entscheidung des VGH

<sup>150</sup> Mit Urteil vom 22. Juli 2020 bestätigte der VGH die Entscheidung der FMA-BK.

<sup>151</sup> Der VGH bestätigte mit Verweis auf seine bestehende Rechtsprechung (VGH 2017/111), dass im Verwaltungsstrafverfahren die Inquisitionsmaxime gilt: *«Die zuständige Behörde führt das Vorverfahren (Art. 152 Abs. 1 LVG), nimmt die notwendigen Untersuchungshandlungen vor, gewährt dem Beschuldigten rechtliches Gehör (Art. 154 Abs. 2 LVG) und entscheidet in der Verwaltungsstrafsache (Art. 147 Abs. 1,2, Art. 152 Abs. 3, Art. 158 Abs. 1 und 2 LVG). Die Beteiligung eines öffentlichen Anklägers (Staatsanwaltes) ist im Verwaltungsstrafverfahren grundsätzlich nicht vorgesehen (Art. 154 Abs. 6 LVG). [...] Anders als der (dem Anklageprinzip im formellen Sinn verpflichtete) gerichtliche Strafprozess ist das Verwaltungsstrafverfahren dadurch gekennzeichnet, dass die Verfolgungs- und Entscheidungskompetenz nicht auf verschiedene Organe aufgeteilt ist. Das Anklageprinzip, von welchem Art. 100 Abs.1 LV spricht, gilt im Verwaltungsstrafverfahren nicht (StGH 2007/055, www[.]gerichtsentscheidungen.li; auch OGH in LES 2013,21).»*

<sup>152</sup> Zur Einordnung einer Rechtssache in das Verwaltungsstrafrecht und zu den Garantien des Art. 6 EMRK hielt der VGH sodann fest: *«Die Einordnung der vorliegenden Rechtssache durch den Gesetzgeber in das Verwaltungsstrafrecht, obwohl teils hohe Bussen verhängt werden können, ist mit Verweis auf den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nicht zu beanstanden. Dies entspricht auch der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, der insbesondere in der vom Beschwerdeführer zu 1. zitierten Entscheidung (EGMR 21.02.1984, Öztürk / Deutschland, 8544/79) die Gründe hierfür anerkennt, wonach die ordentlichen Gerichte von der Verfolgung und Ahndung von Verstössen entlastet werden sollen und den Verwaltungsbehörden derartige Aufgaben übertragen werden können. Dies umso mehr, wenn in weiterer Folge ein Gericht, das*

die Garantien des Art. 6 EMRK bietet - vorliegend die FMA-BK als Tribunal und in weiterer Folge der Verwaltungsgerichtshof -, angerufen werden kann [...].

<sup>153</sup> [...] *Ins Leere gehen muss deshalb mit Verweis auf die obigen Ausführungen, wenn die Beschwerdeführer weiter vorbringen, dass ihre Rechte nach Art. 6 EMRK verletzt seien, weil ein Inquisitionsprozess gegen sie geführt worden sei, keine Anklage durch einen Staatsanwalt erfolgt sei und dieselben Mitarbeiter der FMA nicht nur das Verfahren geführt, sondern auch gegen die Beschwerdeführer entschieden hätten. Hierbei ist ihnen zu entgegnen, dass Art. 6 EMRK ihnen das Recht gibt, eine Entscheidung durch ein unabhängiges, unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht im Sinne der EMRK zu erhalten, das die Verfahrensgarantien wahrt. So bemängeln die Beschwerdeführer nicht, dass die FMA-BK derartige Verfahrensgarantien verletzt hätte. Vielmehr hat die FMA-BK unstrittig eine öffentliche mündliche Verhandlung unter Wahrung der Beschuldigtenrechte durchgeführt, an der die Beschwerdeführer durch ihre Rechtsvertreter teilnahmen. Weder sieht die EMRK jedoch vor, dass jede Strafe von einem Gericht im Sinne des Art. 97 LV zu beurteilen ist, noch gewährt sie ein Recht auf Anklageerhebung durch einen Staatsanwalt. Von Relevanz ist vielmehr, dass die Beschwerdeführer von der FMA über die Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens und dessen Inhalt rechtzeitig informiert worden sind, in mehreren Befragungen dazu Stellung nehmen konnten und umfassende Akteneinsicht erhielten. Ihnen wurde bereits durch die FMA wiederholt die Möglichkeit eingeräumt, Beweise vorzulegen, die Vorwürfe auszuräumen bzw. entsprechende Anträge zu stellen. In einer Schlussverhandlung konnten sie ihre Standpunkte erneut entsprechend darlegen. Gegen die so ergangene Entscheidung der FMA stand den bereits im erstinstanzlichen Verfahren rechtsfreundlich vertretenen Beschwerdeführern das effektive Rechtsmittel der Beschwerde an die FMA-BK, einem Gericht im Sinne der EMRK, zu, die eine öffentliche mündliche Beschwerdeverhandlung abhielt und den Beschwerden der Beschwerdeführer teilweise Recht*

*gab. Gegen deren Entscheidung gelangten die Beschwerdeführer wiederum an den Verwaltungsgerichtshof.»*

<sup>154</sup> Im Weiteren entschied der VGH, dass die im Verfahren erhobenen Ablehnungsanträge aufgrund ihres Umfangs und der fehlenden hinreichenden sachlichen Begründung – im Wesentlichen gestützt auf den Rechtsirrtum zum Anklageprinzip bzw. auf Vorbefassung im Wege der Aufsichtstätigkeit – zurecht als unzulässig beurteilt worden waren. Dass die Anträge ab- statt zurückgewiesen wurden, schade aufgrund der inhaltlichen Ausführungen der FMA nicht.

<sup>155</sup> Hinsichtlich der Strafzumessung führt der VGH aus, «*dass es sich vorliegend beim Schutz der Versicherungsnehmer und dem Finanzplatz Liechtenstein um ein hohes Gut handelt und die Beschwerdeführer als Fachleute in diesem beaufsichtigten, geschützten und sensiblen Bereich tätig waren. Sie haben die ihnen zukommenden Verpflichtungen und Fristen auch nicht marginal, sondern wie oben dargelegt durchaus bedeutsam überschritten, weshalb bereits von keiner lediglich geringen Verwaltungsstrafsache auszugehen ist. Dass die FMA zumindest teilweise finanzielle Daten und Unterlagen erhalten hat, ist für die Frage der fristgerechten Einreichung der vorgeschriebenen Berichte nicht relevant. Generalpräventiven Gründen kommt vorliegend entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer eine besondere Bedeutung zu. So ist die Einhaltung von derartigen Berichtspflichten nicht nur bedeutsam für Aufsichtszwecke in Liechtenstein, sondern auch auf EWR-Ebene. Zum Schutz des Finanzplatzes wie auch der Kunden bzw. Versicherungsnehmer ist sicherzustellen, dass Verfügungen gerade in derart sensiblen Rechtsbereichen effektiv sind und diesen entsprechend nachgekommen wird. Auch zeigen die Beschwerdeführer sich nicht einsichtig, wonach - gerade bei einem unterdeckten Versicherungsunternehmen - für eine EWR-weite Risikoeinschätzung und -minimierung die rechtzeitige Übermittlung derartiger Berichte und Informationen unabdingbar ist sowie bei Untersagung von Neuabschlüs-*

sen durch die FMA zum Schutz der Versicherungsnehmer sicherzustellen ist, dass keine Neuabschlüsse mehr stattfinden, was insbesondere einer entsprechend klaren Kommunikation wie auch eines entsprechenden Kontrollsystems im Versicherungsunternehmen bedarf. Liechtenstein ist im Sinne des Effektivitätsgrundsatzes nicht zuletzt verpflichtet, den einschlägigen EWR-Rechtsbestimmungen zur Durchsetzung zu verhelfen [...]»

Gegen das Urteil des VGH wurde von einem der beiden Verwaltungsräte eine Individualbeschwerde an den StGH eingebracht.

### Entscheidung des StGH

<sup>156</sup> Mit Urteil vom 28. Juni 2021 entschied der StGH über die eingebrachte Individualbeschwerde und stellt fest, dass der Beschwerdeführer durch das Urteil des VGH nicht in seinen verfassungsmässig und durch die EMRK gewährleisteten Rechte verletzt worden ist.

<sup>157</sup> Hinsichtlich der Grundrechtsrüge, Art. 257 Abs. 3 Bst. h VersAG kollidiere mit dem Legalitätsprinzip in Strafsachen (Bestimmtheitsgebot), führt der StGH aus, dass aus dieser Bestimmung zwar nicht zu entnehmen sei, welches Verhalten bzw. welches Unterlassen zu einer Busse führen könne; jedoch habe der StGH bereits in StGH 2020/033 vom 30. November 2020 erwogen, «dass eine Strafnorm auch dann als hinreichend angesehen werden kann, wenn deren Tragweite erst auf der Grundlage von gesetzlichen Bestimmungen, die neben der Strafnorm bestehen, und eines zusätzlichen Behördenentscheids überhaupt zu einer Bestrafung führen kann. [...] Hinsichtlich des Tatbestandes wird das gebotene Verhalten nach Art. 257 Abs. 3 Bst. h VersAG durch eine Anordnung oder Verfügung der FMA bestimmt. Ein solcher Hoheitsakt muss sich seinerseits auf eine rechtliche Grundlage stützen, die in der verfassungsrechtlich gebotenen Form erlassen und ausreichend bestimmt ist. Mit der Festschrei-

bung in einem Hoheitsakt und an eine individualisierte Person gerichtete Anordnung werden mögliche strafrechtliche Folgen eines Verhaltens für Betroffene sehr direkt voraussehbar. Damit erfüllt die Strafbestimmung des Art. 257 Abs. 3 Bst. h VersAG die verfassungsrechtlich gebotene Voraussehbarkeit für eine Strafbestimmung. In ihrer abstrakten Form genügt Art. 257 Abs. 3 Bst. h VersAG dem Grundsatz *nulla poena sine lege demnach* durchaus. Ein Grund für eine Aufhebung der Bestimmung ist nicht erkennbar. Für die Einleitung eines förmlichen Normprüfungsverfahrens und eine Aufhebung von Art. 257 Abs. 3 Bst. h VersAG besteht für den Staatsgerichtshof kein Anlass.»

<sup>158</sup> Hinsichtlich der Verjährungsfrage hält der StGH fest, dass er die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Frage der massgebenden Frist für die Verfolgungsverjährung für Übertretungen in Verwaltungsstrafsachen bislang nicht entschieden habe. Er stellt indessen klar, dass sich die Frage der Verfolgungsverjährung – wie auch bereits die Vorinstanzen festgestellt hatten – nach Art. 57 Abs. 3 StGB vom 24. Juni 1987, LG-Nr. 311.0, sowie auf Art. X StRAG richtet und nicht etwa nach § 532 des alten Strafgesetzbuches, 1. Fall (aus dem Jahre 1852), auf den Art. 139 Abs. 5 LVG zwar noch verweist, dieser Verweis jedoch spätestens mit dem StRAG (LGBl. 1989 Nr. 38) hinfällig geworden ist. Demnach beträgt die Verjährung ein Jahr, wenn die Handlung mit nicht mehr als sechsmonatiger Freiheitsstrafe oder nur mit Geldstrafe bedroht ist.

<sup>159</sup> Zum Vorwurf, dass der Beschwerdeführer durch die Verhängung einer Busse in seinem Grundrecht der persönlichen Freiheit i.S.v. Art. 32 Abs. 1 LV sowie Art. 8 EMRK verletzt worden sei, führt der StGH aus, dass ein Verstoss gegen dieses Grundrecht nicht vorliegen kann, da die Verwaltungsräte nicht zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurden und ihre Bewegungsfreiheit daher nicht eingeschränkt wurde. Die verhängte Busse stelle auch keinen Eingriff in die physische oder psychische Integrität dar.



<sup>160</sup> Schliesslich machte der StGH auch Ausführungen zur Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK. Diese schütze «*primär vor einer Vorverurteilung durch Behörden und Gerichte oder durch die Presse, sie hat aber grundsätzlich keine über das Willkürverbot hinausgehende Wirkung auf die Art der Beweiswürdigung im Strafurteil. Zwar haben die Strafgerichte den ungeschriebenen Beweisgrundsatz «in dubio pro reo» zu beachten, doch hat dieser Grundsatz keinen Grundrechtscharakter, so dass dessen Einhaltung vom Staatsgerichtshof in der Regel eben nur auf Willkür zu überprüfen ist [...]. Die Unschuldsvermutung schützt aber nicht davor, dass bei Vorliegen eines Verdachtes entsprechende strafrechtliche Abklärungen erfolgen [...] – selbst wenn diese nicht im Sinne des Beschwerdeführers vorgenommen werden.*»

<sup>161</sup> **Anmerkung der FMA:** Diese Entscheide sind für die FMA von besonderer Tragweite. FMA-BK, VGH und StGH gaben im Rahmen ihrer Ausführungen jeweils Antworten auf grundsätzliche Fragen des Verwaltungsstrafrechts. So wurden von den verschiedenen Instanzen Ausführungen getätigt, warum für die von der FMA zu verfolgenden Verstösse die einjährige Verjährungsfrist gilt und warum der im Verwaltungsstrafverfahren vorgesehene Inquisitionsprozess mit den verfassungsmässig und den nach der EMRK gewährten Grundrechten im Einklang steht. Gleichzeitig wird auch auf die Wichtigkeit der fristgerechten Einreichung vorgeschriebener Berichte an die FMA hingewiesen.

## AMTSHAFTUNG VON VERSICHERUNGS- AUF SICHTSBEHÖRDEN

<sup>162</sup> Dem auch präjudiziell grundlegenden Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die X Insurance AG war ein nach liechtensteinischem Recht gegründetes Versicherungsunternehmen mit Sitz in Liechtenstein, über welches das LG ein Konkursverfahren eröffnet hatte.

<sup>163</sup> Die X Insurance AG und zwei später klagende Parteien waren in Frankreich als Versicherer im sog. Décennale-System aktiv. Dieses umfasst ein Bündel von Bauwerkschadenversicherungen, Vorab-Leistungspflichten sowie Haftpflichtversicherungen für den Fall, dass ein Bauherr Schäden und Mängel bei der Ausführung des Bauwerks erleidet. In seinem Urteil vom 25. Februar 2021 hält der EFTA-Gerichtshof zum Hintergrund der konkreten Klage fest (Erwäg. 22):

<sup>164</sup> «Die gegenständliche Rechtssache betrifft Verfahren, welche die klagenden Parteien vor liechtensteinischen Gerichten gegen die FMA eingeleitet haben. Die klagenden Parteien bringen vor, die FMA habe die ihr gegenüber [X] Insurance obliegenden Aufsichtspflichten nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz verletzt und sei daher letztlich für die infolge des Konkurses von [X] Insurance entstandenen Schäden verantwortlich. Zudem stellen die klagenden Parteien in Bezug auf noch nicht bezifferbare Schäden Feststellungsbegehren.»

<sup>165</sup> Mit Urteil vom 20. November 2019 hatte das OG alle von den klagenden Parteien erhobenen Begehren ohne Beweisaufnahme abgewiesen. Das Gericht gelangte zu dem Ergebnis, dass die Klägerinnen nicht vom Schutzzweck des VersAG oder der einschlägigen europäischen Richtlinie erfasst seien.

<sup>166</sup> Der OGH hatte über die gegen das Urteil des OG erhobene Berufung zu entscheiden. Er beschloss, das Verfahren zu unterbrechen und beim EFTA-Gerichtshof einen Antrag auf Erstellung eines Gutachtens gemäss Art. 34 des Abkommens zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs zu stellen.

Der OGH legte dem EFTA-Gerichtshof folgende Fragen vor:

<sup>167</sup> «1. Sind die Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) (EWR-Rechtssammlung: Anhang IX – 1.01), insbesondere deren Artikel 27 und 28, sowie die

Richtlinie 92/49/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG und 88/357/EWG (Dritte Richtlinie Schadenversicherung), sowie die

Zweite Richtlinie des Rates vom 22. Juni 1988 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) und zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs sowie zur Änderung der Richtlinie 73/239/EWG (88/357/EWG), insbesondere deren Artikel 1 lit b, Artikel 7 Absatz 1 lit a bis c, Artikel 10, Artikel 11 Absatz 7 und Artikel 21, sowie die

Erste Richtlinie des Rates vom 24. Juli 1973 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) (73/239/EWG), insbesondere deren Artikel 13 und 14,

dahin auszulegen, dass diese Gläubigern eines beaufsichtigten Direktversicherungsunternehmens, die nicht Versicherungsnehmer, Versicherte oder Begünstigte dieses Versicherungsunternehmens oder sonstige Partner eines mit diesem Versicherungsunternehmen abgeschlossenen Versicherungsvertrages

sind, und denen als geschädigte Dritte auch sonst kein direktes Klagerecht unmittelbar auf Grund eines versicherungsrechtlichen Verhältnisses gegen dieses Versicherungsunternehmen zukommt, und deren Forderungen nicht aufgrund eines Versicherungsvertrages oder einer anderen Tätigkeit, auf welche diese Rechtsgrundlagen anwendbar sind, im Rahmen der Direktversicherung geschuldet sind, sondern deren Forderungen wie jene der klagenden Parteien als Versicherer von dritten Versicherungsnehmern als Regressansprüche im weitesten Sinn direkt gegen das beaufsichtigte Direktversicherungsunternehmen geltend gemacht werden, Rechte in dem Sinn einräumen, dass die zuständige Behörde wie hier die beklagte Partei Aufsichtsmaßnahmen, die sie nach den angeführten Richtlinien durchführen muss, auch im Interesse dieser Gläubiger wahrzunehmen hat und diese den Gläubigern bei Verletzung der entsprechenden Pflichten für daraus resultierende Schäden haftet?

<sup>168</sup> 2. Erfüllt die nationale Umsetzung der in Frage 1 [Korrektur des Originals, wo es hiess: Frage 4] angeführten Rechtsgrundlagen des EWR-Rechts durch die nationalen Bestimmungen des Artikels 1 des Gesetzes vom 6. Dezember 1995 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz; VersAG alt), des Artikels 1 Absatz 2 des Gesetzes vom 12. Juni 2015 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz; VersAG neu) und des Artikels 4 des Gesetzes vom 18. Juni 2004 über die Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FMAG) die Voraussetzungen für die Umsetzung und damit für seine Anwendung sowie Auslegung durch die nationalen Gerichte im Sinn von solchen Rechtsgrundlagen nach der Rechtsprechung des

*EFTA-Gerichtshofs, wie sie unter anderem in der Rechtssache E-3/15 Liechtensteinische Gesellschaft für Umweltschutz, Rz 33 ff, 74, gefordert werden?»*

<sup>169</sup> In Beantwortung der ihm vom OGH vorgelegten Fragen erstellte der EFTA-Gerichtshof sein Gutachten wie folgt: «Die Artikel 27 und 28 der Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), der Richtlinie 73/239/EWG, der Richtlinie 88/357/EWG und der Richtlinie 92/49/EWG räumen Wirtschaftsteilnehmern, die vorbringen, Gläubiger eines Versicherungsunternehmens unter Umständen wie jenen des Ausgangsverfahrens zu sein, keine ausdrücklichen Rechte ein und können keine Grundlage für etwaige Haftungsansprüche gegenüber einer Aufsichtsbehörde im Rahmen des Grundsatzes der Staatshaftung bilden.»

<sup>170</sup> Die Frage, ob die Richtlinie und ihre Vorgängerinnen Wirtschaftsteilnehmern wie den klagenden Parteien Rechte gegenüber einer zuständigen Aufsichtsbehörde (wie der FMA) einräumen, war nach Grundsätzen der Staatshaftung zu prüfen. Dazu der Gerichtshof (Erwäg. 30):

*«Die Haftung einer Aufsichtsbehörde für die Nichterfüllung ihrer EWR-rechtlichen Verpflichtungen ist auf der Basis des Grundsatzes der Staatshaftung zu prüfen. Gemäss dem Grundsatz der Staatshaftung kann ein EWR-Staat für Verstösse gegen seine Verpflichtungen aus dem EWR-Recht verantwortlich gemacht werden, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: erstens muss die verletzte Rechtsnorm bezwecken, Einzelnen und Wirtschaftsteilnehmern Rechte zu verleihen, zweitens muss der Verstoß hinreichend qualifiziert sein und drittens muss ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem Schaden, den der Geschädigte erlitten hat, bestehen (vgl. Rechtssache E-7/18, Urteil*

*vom 1. August 2019, Fosen-Linjen, Randnr. 117, und die zitierte Rechtsprechung).»*

<sup>171</sup> In allgemeiner Hinsicht erinnert der Gerichtshof an die Zielsetzung der europäischen Versicherungsaufsicht und die den Aufsichtsbehörden auferlegten Pflichten. Allerdings könne dem Richtlinienwerk nicht entnommen werden, dass dieses sämtliche durch das Versicherungswesen betroffene Akteure mit individuellen Rechten schützen wolle (Erwäg. 43):

<sup>172</sup> *«Die Richtlinie enthält keine ausdrückliche Bestimmung, die Wirtschaftsteilnehmern wie den klagenden Parteien unter Umständen wie jenen des Ausgangsverfahrens Rechte gewährt. Die Artikel 27 und 28 der Richtlinie überlassen es dem Ermessen der EWR-Staaten, wie Aufsichtsbehörden den Schutz der Versicherungsnehmer und der Begünstigten und die allgemeine Stabilität der betroffenen Finanzsysteme sicherstellen sollen. Die klagenden Parteien im gegenständlichen Fall sind Wirtschaftsteilnehmer, die im EWR-Versicherungsmarkt aktiv sind. Dem Antrag zufolge sind die klagenden Parteien weder Parteien noch Begünstigte eines mit [X] Insurance abgeschlossenen Versicherungsvertrags. Derartige Wirtschaftsteilnehmer können unter Umständen wie jenen des Ausgangsverfahrens nicht als Versicherungsnehmer oder Begünstigte im Sinne der Richtlinie betrachtet werden.»*

<sup>173</sup> Mit Art. 28 der Richtlinie werde den Aufsichtsbehörden die Verpflichtung auferlegt, die Stabilität des Finanzsystems zu wahren. Dieser Zweck liege im allgemeinen Interesse aller Wirtschaftsteilnehmer, die dem Finanzsystem angehören. Das Ziel der Beaufsichtigung besteht daher nicht im Schutz einzelner Wirtschaftsteilnehmer, sondern des öffentlichen Interesses im Allgemeinen.

<sup>174</sup> Das wegen der Vorlage beim EFTA-Gerichtshof unterbrochene Berufungsverfahren wird mit Urteil vom 6. Mai 2021 fortgesetzt. Der OGH gibt der Berufung keine Folge.

<sup>175</sup> Im Urteil hält der OGH zunächst umfassend den Sachverhalt sowie die Klagsanträge der Parteien und die Stellungnahme der FMA fest. Die klagenden Parteien forderten von der FMA Zahlungen in Höhe von über fünf Mio. CHF sowie die Feststellung, dass die Klägerinnen die Schäden aufgrund unzureichender Aufsichtstätigkeit der FMA über die X Assurance AG erlitten hätten.

<sup>176</sup> Bevor der OGH seinerseits die einschlägigen europäischen Richtlinien und die Erwägungen des EFTA-Gerichtshofs umfassend referiert, hält er in grundsätzlicher Hinsicht zum Erfordernis eines Rechtswidrigkeitszusammenhangs fest (Erwäg. 12.2):

*«Wie schon das Fürstliche Obergericht zutreffend ausführte muss auch für das Amtshaftungsrecht untersucht werden, welche Interessen die verletzte Norm schützen soll, damit beurteilt werden kann, ob das schadenstiftende Verhalten des Organs gegenüber dem Geschädigten als rechtswidrig anzusehen ist [...].*

*Mit dem Kriterium des Rechtswidrigkeitszusammenhangs und der daraus resultierenden Unterscheidung zwischen einem unmittelbaren und mittelbaren Schaden wird die Frage der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens gegenüber dem Geschädigten angesprochen («persönlicher» Rechtswidrigkeitszusammenhang). Dazu kommt der sogenannte «sachliche» Rechtswidrigkeitszusammenhang, der auf den sachlichen Schutzbereich der einzelnen Verbotsnorm abstellt. Dieser ist bei einer Deliktshaftung (Verstoss gegen die Rechtsordnung oder die guten Sitten) aus dem Sinn der übertretenen Norm abzuleiten. Es müssen Schäden vorliegen, die die übertretene Norm auf Grund ihrer Ratio verhindern wollte bzw denen das Gesetz, und sei es auch nur nebenher, vorzubeugen suchte (Normzweck, Schutzzweck) Entscheidend sind also die durch eine Norm geschützten Interessen (LES 2001, 41). Der Schutzzweck der Norm ist durch teleologische Auslegung zu ermitteln (OGH am 02.10.2015 zu 01 CG.2012.379 in GE 2016,65 unter Hinweis auf LES 2001,41). Gesetze, die zur Umset-*

*zung von Richtlinien erlassen wurden, sind allerdings, soweit wie möglich, anhand des Wortlautes und der Zielsetzung dieser Richtlinien auszulegen, um das mit den Richtlinien angestrebte Ziel zu erreichen («richtlinienkonforme Interpretation»: unter anderem EuGH 10.03.2005, C-196/02, Nikoloudi).»*

<sup>177</sup> Im Ergebnis schliesst sich der OGH alsdann dem EFTA-Gerichtshof an, wonach «ein von den klagenden Parteien allenfalls implizit angesprochener Staatshaftungsanspruch wegen Verletzung von EWR-Recht zu verneinen» ist.

<sup>178</sup> Im Folgenden prüft der OGH als Berufungsinstanz die von den klagenden Parteien zur Stützung ihrer Ansprüche geltend gemachten nationalen Rechtsbestimmungen. Es handelt sich dabei um sämtliche einschlägigen Erlasse der Versicherungs- und sonstigen Finanzmarktaufsichtsgesetzgebung. Bei deren Analyse gelangt der OGH zum Ergebnis, dass auch gestützt auf liechtensteinisches nationales Recht für die Klägerinnen keine Anspruchsgrundlage resultiert:

*«Wie bereits dargelegt (oben Erw 12.2.) sind Gesetze, die zur Umsetzung von Richtlinien erlassen werden, soweit wie möglich anhand des Wortlautes und der Zielsetzung dieser Richtlinien auszulegen, um das mit den Richtlinien angestrebte Ziel zu erreichen [...].*

<sup>179</sup> *Die massgeblichen Bestimmungen des VersAG alt, des VersAG neu und des Finanzmarktaufsichtsgesetzes, die die Aufsichtspflichten der beklagten Partei regeln und deren Verletzung die klagenden Parteien behaupten, dienen — soweit hier von Bedeutung — der Umsetzung des massgeblichen EWR-Rechts. Nach dem Bericht und Antrag Nr 1995/82 zum VersAG alt war Ziel dieses Gesetzes aber auch der Vertrauensschutz in das liechtensteinische Versicherungs- und Finanzwesen (Seite 16 zu Art I — Zweck). Laut dem Bericht und Antrag Nr 2015/2 zum VersAG neu sollte dieses Gesetz dem Schutz der Versicherten dienen, wobei der Begriff «Versicherte» Versicherungsnehmer, Versicherte,*

Prämienzahler sowie Begünstigte umfasst (Seite 34). Der Begriff ›Versicherungsforderung‹ wird nunmehr dahin definiert, dass es sich dabei um jeden Betrag handelt, den ein Direktversicherungsunternehmen Versicherungsnehmern, Versicherten, Begünstigten oder geschädigten Dritten, die ein direktes Klagerecht gegen das Versicherungsunternehmen haben, aufgrund eines Versicherungsvertrages oder einer anderen Tätigkeit, auf welche dieses Gesetz anwendbar ist, im Rahmen der Direktversicherung schuldet (Art 10 Abs 1 Z 52 VersAG neu).

<sup>180</sup> Legt man nun diese Bestimmungen richtlinienkonform aus, so ist auf die zitierten Grundsätze im jetzt vorliegenden Gutachten des EFTA-Gerichtshofs Bedacht zu nehmen. Damit sind aber weder dem VersAG alt noch dem VersAG neu sowie dem Finanzmarktaufsichtsgesetz oder den dazu vorliegenden Gesetzesmaterialien Anhaltspunkte dahin zu entnehmen, dass der Gesetzgeber Wirtschaftsteilnehmern wie den klagenden Parteien unter den hier massgeblichen Gegebenheiten durch nationale Gesetzesbestimmungen Rechte einräumen wollte, die diesen unter anderem die Möglichkeit verschaffen, Ersatz von jenen Schäden zu verlangen, die durch eine (behauptete) unzureichende Aufsicht der nationalen Behörde – hier der beklagten Partei – entstanden sind.

<sup>181</sup> Wenn auch nicht erkennbar ist, dass der Gesetzgeber einen derartigen Schadenersatzanspruch ausschliessen wollte, wie dies nach den nationalen Bestimmungen in der bereits zitierten Rechtssache Paul u.a. geschehen ist, kann daraus für die klagenden Parteien nichts gewonnen werden, weil es an positiv formulierten oder auslegbaren Normen fehlt, die dafür eine taugliche Grundlage bilden könnten.

<sup>182</sup> Der Umstand, dass nationale Normen bestimmten Stellen Aufsichtspflichten auferlegen, bedeutet nicht, dass bei einer (behaupteten) Verletzung von solchen Pflichten Rechte zugunsten der Geschädigten geschaffen werden.

<sup>183</sup> Die Klägerinnen sind nicht Parteien, Begünstigte oder sonstige Beteiligte im obigen Sinn eines mit der [X] Insurance AG (im Konkurs) abgeschlossenen Versicherungsvertrages. Die Forderungen basieren nicht auf einem Versicherungsvertrag. Ihnen kommen keine Versicherungsforderungen in dem Sinn zu, wie sie in Richtlinien oder nationalen Normen definiert werden. Die nationalen Bestimmungen räumen den klagenden Parteien unter den gegebenen Umständen keinen Schutz vor Schäden infolge der Insolvenz von Versicherungsunternehmen ein. Das erkennbare Ziel der darin festgelegten Versicherungsaufsicht dient dem öffentlichen Interesse im Allgemeinen und nicht dem Schutz einzelner Wirtschaftsteilnehmer. Das ist auch nach den nationalen Regelungen nicht erforderlich, um den angestrebten Schutz von Versicherungsnehmern und Begünstigten sowie der allgemeinen finanziellen Stabilität zu verwirklichen.

<sup>184</sup> Somit ergibt sich zusammengefasst, dass die nationalen Bestimmungen zur Versicherungsaufsicht auch in Verbindung mit den Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes nicht dahin auszulegen sind, dass die klagenden Parteien die hier erhobenen Ansprüche erfolgreich auf diese stützen können.»

<sup>185</sup> **Anmerkung der FMA:** Die Entscheide des EFTA-Gerichtshofs und des OGH sind für die FMA – ebenso wie für alle Versicherungsaufsichtsbehörden im EWR – von besonderer Relevanz, da im gegenständlichen Amtshaftungsverfahren gegen die FMA erstmals der Schutzzweck des europäischen Versicherungsaufsichtsrechts (Solvency II) und damit die Frage der Amtshaftung von Versicherungsaufsichtsbehörden im EWR geklärt wurden. Bislang lag im EWR vergleichbare Judikatur ausschliesslich zum Bankaufsichtsrecht vor. Der EFTA-Gerichtshof und der OGH haben diese Judikatur im gegenständlichen Amtshaftungsverfahren konsequent fortgesetzt und damit auch im Bereich der Versicherungsaufsicht Rechtssicherheit geschaffen.

**GELD-  
WÄSCHEREI-  
PRÄVENTION  
UND ANDERE  
FINANZ-  
INTERMEDIÄRE**

## ERFÜLLUNG DER SORGFALTPFLICHTEN NACH WEGFALL GEMEINSAMEN ERBRINGENS VON DIENSTLEISTUNGEN

<sup>186</sup> Ein in Liechtenstein zugelassener Treuhänder X ist aufgrund verschiedener Ereignisse aus mehreren Treuhandgesellschaften ausgeschieden und hat sich von den Partnern dieser Gesellschaften getrennt. Obwohl er als Treuhänder nicht mehr für diese Unternehmensgruppe tätig war, pflegte er einzelne Geschäftsbeziehungen, bei welchen er und eine von diesen Treuhandgesellschaften oder einer seiner ehemaligen Partner zugleich eine Organfunktion wahrnahmen.

<sup>187</sup> Eine schriftliche Vereinbarung zur Regelung gemeinsamer Dienstleistungen i.S.d. Art. 15 Abs. 3 SPG lag in Bezug auf die betroffenen Geschäftsbeziehungen nicht vor. Treuhänder X verfügte über keinen Zugang (mehr) zu den Sorgfaltspflichtakten betreffend diese Geschäftsbeziehungen und konnte deshalb seine diesbezüglichen Sorgfaltspflichten nicht erfüllen.

<sup>188</sup> X ersuchte die FMA um Aufforderung gegenüber seinen ehemaligen Gesellschaften und Partnern, ihm Zugang zu den Akten zu gewähren oder ihm davon Kopien auszuhändigen. Die FMA kam dem Ersuchen nicht nach und verfügte stattdessen:

*«Herrn X wird im Sinne des Art. 28 Abs. 1 SPG aufgetragen, geeignete Massnahmen zu ergreifen, um den rechtmässigen Zustand binnen sechs Wochen dahingehend wiederherzustellen, dass er die Sorgfaltspflichten im Sinne des Art. 5 SPG bei den Geschäftsbeziehungen [...] wahrnimmt.*

<sup>189</sup> Für den Fall, dass die Wiederherstellungsanordnung gemäss Spruchpunkt 1. dieser Verfügung nicht oder nicht vollständig binnen dort festgesetzter Frist umgesetzt wird, wird Herrn [X] gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b SPG i.V.m. Art. 28 Abs. 1 SPG binnen (weiterer) vier

*Wochen aufgetragen, jene davon betroffenen (nicht wiederhergestellten) Geschäftsbeziehungen ungeachtet anderer gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmungen, jedoch vorbehaltlich Art. 35 SPG und Art. 35a SPG, unter hinreichender Dokumentation des Abflusses der Vermögenswerte abzurechnen.»*

<sup>190</sup> Die FMA begründete ihren Entscheid damit, dass sie mangels gesetzlicher Grundlage keine Kompetenz habe, um die Unterzeichnung einer Vereinbarung i.S.d. Art. 15 Abs. 3 SPG aufzutragen. Insbesondere verfüge sie über keine Kompetenz, einem Sorgfaltspflichtigen Zugang zu den Sorgfaltspflichtakten zu verschaffen oder jemandem die Anfertigung von Kopien der Sorgfaltspflichtakten aufzutragen; dies ungeachtet dessen, ob es sich um eine rechtswidrige oder eine rechtmässige Verweigerung des Zugangs zu den jeweiligen Akten handelt.

<sup>191</sup> Die Frage, ob ein Herausgabeanspruch besteht, ist nach Ansicht der FMA eine solche zivilrechtlicher Natur (vgl. etwa Art. XVI EGZPO).

<sup>192</sup> Gegen die Verfügung der FMA erhob Treuhänder X Beschwerde bei der FMA-BK. Diese gab der Beschwerde mit der Massgabe keine Folge, dass X zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands i.S.d. Art. 28 Abs. 1 SPG aufgetragen wurde, binnen sechs Wochen in Bezug auf die fraglichen Geschäftsbeziehungen dem SPG und der SPV entsprechende Sorgfaltspflichtakten zu führen.

<sup>193</sup> Mit der Beschwerde verband X Anträge, die FMA zu Anordnungen zu verpflichten, die er im Grundsatz bereits in seinem Ersuchen an die FMA formuliert hatte. Dazu führte die FMA-BK aus (Erwäg. 4):

*«Vorauszuschicken ist, dass die Finanzmarktaufsicht nicht dazu berufen ist, über allfällige Differenzen zwischen dem Beschwerdeführer und seinen vormaligen Geschäftspartnern zu entscheiden. Dies ist gegebenenfalls den (Zivil-) Gerichten über entsprechende*

*Antragstellung oder Klagsführung vorbehalten. Aufgabe der Finanzmarktaufsicht ist es ausschliesslich, wie sich aus Art 1 Abs 1 SPG deutlich ergibt, sicherzustellen, dass die Sorgfalt (die Sorgfaltspflichten im Sinne des SPG) bei der berufsmässigen Ausübung der diesem Gesetz unterstellten Tätigkeiten sichergestellt ist, mit anderen Worten: Dass der Beschwerdeführer - er ist unzweifelhaft sorgfaltspflichtig im Sinne des Gesetzes - die ihn nach dem SPG und der SPV treffenden öffentlich-rechtlichen Pflichten einhält.»*

<sup>194</sup> Zur jederzeitigen Wahrnehmung der Sorgfaltspflichten hielt die FMA-BK fest (Erwäg. 6):

*«Einen Sorgfaltspflichtigen im Sinne des SPG trifft u.a. die Pflicht (Art 20 Abs 1), die Einhaltung der Sorgfaltspflichten und der Mitteilungspflicht (Art 5 bis 17) nach Massgabe dieses Gesetzes zu dokumentieren, d.h. einen Sorgfaltspflichtakt zu führen und diesen aufzubewahren. Was insbesondere Inhalt des Sorgfaltspflichtakts zu sein hat, wird in Art 27 SPV definiert. Nach Art 28 Abs 1 lit a und Abs 5 SPV müssen die Sorgfaltspflichtakten so erstellt und aufbewahrt werden, dass die gebotenen Sorgfaltspflichten (zu ergänzen: vom Sorgfaltspflichtigen) jederzeit wahrgenommen werden können, und hat die Aufbewahrung an einem jederzeit zugänglichen Ort im Inland zu erfolgen.*

<sup>195</sup> *Aus dem Gesagten folgt, dass die Pflichten nach dem SPG - hier: die Pflicht, Sorgfaltspflichtakten zu führen - den Sorgfaltspflichtigen persönlich treffen und er damit - selbstverständlich - immer Zugang zu seinen eigenen Sorgfaltspflichtakten haben muss, ansonsten er ja die ihn treffenden Sorgfaltspflichten nicht (und schon gar nicht jederzeit) wahrnehmen kann.»*

<sup>196</sup> Die FMA-BK folgte der Auffassung der FMA, wonach der Beschwerdeführer ab seinem wie auch immer zustande gekommenen Ausscheiden aus der gemeinsamen Tätigkeit mit anderen Sorgfaltspflichtigen die Sorgfaltspflichten nunmehr eigenverantwortlich (persönlich) wahrzunehmen hatte. Dazu gehört im Beson-

deren das Erstellen eines neuen Sorgfaltspflichtaktes. Wurden Sorgfaltspflichtunterlagen i.S.d. Art. 15 SPG gemeinsam geführt, hat jeder weiterhin Sorgfaltspflichtige sicherzustellen, dass er jederzeit auf die Akten Zugriff hat.

<sup>197</sup> Schliesslich stützte die FMA-BK die Verfügung der FMA insoweit, als X im Sinne einer ultima ratio verpflichtet worden war, bei Misslingen der Erfüllung der Sorgfaltspflichten Geschäftsbeziehungen abzubrechen (Erwäg. 12.1):

*«Der Finanzmarktaufsicht ist dahingehend zuzustimmen, dass dann, wenn Sorgfaltspflichten - aus welchen Gründen auch immer - nicht erfüllt werden können, die Geschäftsbeziehung abzubrechen ist. Dies ergibt sich zwingend aus Art 5 Abs 3 lit b SPG und steht auch mit dem Zweck dieses Gesetzes in Einklang: Können Sorgfaltspflichten nicht wahrgenommen werden, kann Geldwäscherei, organisierte Kriminalität und Terrorismusfinanzierung nicht wirksam bekämpft werden [...].»*

<sup>198</sup> **Anmerkung der FMA:** Dieser FMA-BK Entscheid bestätigt die FMA in ihrer Aufgabe und Funktion in Bezug auf Differenzen unter den Sorgfaltspflichtigen sowie die Wahrnehmung der Sorgfaltspflichten nach dem Wegfall der Voraussetzungen der gemeinsamen Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Art. 15 SPG.

Sollte eine gemeinsame Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Art. 15 SPG nicht mehr möglich sein, so muss dem ausgeschiedenen Sorgfaltspflichtigen (hier: dem Beschwerdeführer) jederzeit die Möglichkeit offenstehen, in die zur Zeit der gemeinsamen Dienstleistungserbringungen geführten Sorgfaltspflichtakten (und zwar bis zum Zeitpunkt des Ausscheidens) Einsicht zu nehmen und gegebenenfalls Kopien zu verlangen. Entsprechend den Ausführungen der FMA-BK handelt es sich nämlich bei den Sorgfaltspflichtunterlagen, die im Sinne von Art. 15 SPG geführt wurden, um gemeinsame Urkunden, auf welche jeder



einzelne Sorgfaltspflichtige jederzeit Zugriff haben muss, widrigenfalls (objektiv) möglicherweise auch von einem Unterdrücken (Unterlassen der Herausgabe entgegen einer Rechtspflicht) ausgegangen werden könnte.

Die FMA-BK hält fest, dass es nicht Aufgabe der FMA ist, über Streitigkeiten zwischen den Sorgfaltspflichtigen zu entscheiden, und diese somit nicht zuständig ist, den ausgeschiedenen Sorgfaltspflichtigen «Zugang zu den Akten» zu verschaffen. Wenn die Sorgfaltspflichten – aus welchen Gründen auch immer – nicht erfüllt werden können, sind die Geschäftsbeziehungen abzuberechnen.

### AUSÜBUNG VON TÄTIGKEITEN NACH ART. 180A PGR DURCH SCHWEIZER STAATSANGEHÖRIGE

<sup>199</sup> X, Schweizer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in der Schweiz, hatte einen Antrag gestellt auf Erteilung einer Bewilligung zur Ausübung von Tätigkeiten nach Art. 180a PGR gestützt auf das Gesetz betreffend die Aufsicht über Personen nach Art. 180a PGR (180a-G). Der Antrag wurde von der FMA mit Verfügung abgewiesen.

<sup>200</sup> Massgebend zur Beurteilung des Antrags war Art. 4 Abs. 1 Bst. e 180a-G (Bewilligungsvoraussetzungen), wonach die Bewilligung erteilt wird, wenn der Antragsteller das liechtensteinische Landesbürgerrecht oder das Staatsbürgerrecht eines EWRA-Vertragsstaates besitzt oder aufgrund staatsvertraglicher Vereinbarung gleichgestellt ist. Da X Schweizer Bürger mit Wohnsitz in der Schweiz ist, stellte sich die Frage, ob eine Gleichstellung gestützt auf staatsvertragliche Vereinbarung, nämlich in Anwendung der sog. Vaduzer Konvention, erfolgen könnte. Die Übernahme von Organfunktionen nach Art. 180a PGR ist indessen nach der Konzeption der Vaduzer Konvention eine Frage, die nicht im Rahmen der Regelungen des freien Per-

sonenverkehrs zu beantworten ist, sondern vielmehr eine Frage der Zulassung und Geschäftstätigkeit von Gesellschaften darstellt. X erfüllte daher nach Beurteilung der FMA die Bewilligungsvoraussetzungen des Art. 4 Abs. 1 Bst. e 180a-G nicht.

<sup>201</sup> Nach Auffassung der FMA würde auch eine verfassungskonforme Interpretation des genannten Art. 4 180a-G vorliegend nichts am Ergebnis ändern. Die Frage nach der Verfassungsmässigkeit der Bestimmung war zudem mangels Zuständigkeit der FMA im gegenständlichen Verfahren nicht zu beantworten (Art. 18 StGHG).

<sup>202</sup> Gegen die Verfügung der FMA erhob X Beschwerde bei der FMA-BK. Diese gab der Beschwerde keine Folge. Die FMA-BK prüfte eingehend die Genesis des Art. 180a PGR und dessen spätere Gesetzesnovellen sowie die Rechtsprechung von VGH und StGH zum Wohnsitzerfordernis schweizerischer Staatsangehöriger in diesem Zusammenhang und im Rahmen anderer finanzmarktrechtlicher Erlasse, insbesondere des TrHG und des WPRG. Mit Bezug auf letztere Gesetze hielt die FMA-BK fest, im Unterschied zu diesen habe der Gesetzgeber im 180a PGR-G keine Gleichstellung schweizerischer Staatsangehöriger herbeigeführt (Erwäg. 4.11):

<sup>203</sup> «Aus alledem folgt: Es besteht auch im vorliegenden Fall (Antrag auf Erteilung einer Bewilligung nach dem Art. 180a PGR-G) aufgrund des Vorbehaltes laut Anhang M zum EFTA-Übereinkommen in Bezug auf schweizerische Staatsangehörige das Wohnsitzerfordernis. Es ist zwar richtig, dass die Erteilung einer Bewilligung nach dem Art. 180a PGR-G zunächst nur die Tätigkeit des Beschwerdeführers (und damit einer natürlichen Person) beschlägt, was für sich genommen dem freien Personenverkehr zu unterstellen wäre. Doch führt der Umstand, dass der Regelungsgehalt von Art. 180a Abs 2 PGR mit LGBI 2013 Nr 426 und 427 in das Art. 180a PGR-G verschoben, inhaltlich dadurch jedoch nicht geändert wurde, dazu, dass die Erteilung einer Bewilli-

gung nach dem Art 180a PGR-G an eine natürliche Person deren Berechtigung zur Übernahme von Organfunktionen nach Art 180a PGR nach sich zieht und damit zugleich und untrennbar damit verbunden das Niederlassungsrecht nach Art 23 Abs 1 2. Absatz des EFTA-Übereinkommens, nämlich das Recht zur Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften, betrifft. Insoweit soll nach dem Willen des Gesetzgebers (Regierungschef-Stellvertreterin Rita Kieber-Beck aaO und BuA 2007 Nr 32) jedoch keine Gleichstellung mit Schweizer Staatsangehörigen herbeigeführt werden.

<sup>204</sup> Dem vom Beschwerdeführer angestellten Vergleich mit der Erteilung von Bewilligungen nach dem TrHG bzw. dem WPRG an natürliche Personen Schweizer Staatsangehörigkeit mit Wohnsitz in der Schweiz zur Berufsausübung (als natürliche Person) in Liechtenstein kann nicht beigetreten werden, da die Tätigkeit nach dem TrHG oder nach dem WPRG sowohl von natürlichen Personen als auch von juristischen Personen (mit einer über die entsprechende Bewilligung verfügenden natürlichen Person als qualifiziertes Verwaltungsorgan; nur um solche Fälle ging es in den beiden Vorverfahren) ausgeübt werden kann, während eine Tätigkeit nach Art 180a PGR nie in Bezug auf eine natürliche Person, sondern immer nur in Bezug auf eine juristische Person ausgeübt werden kann und damit immer dem Vorbehalt nach Anhang M der EFTA-Konvention unterliegt.»

<sup>205</sup> Hinsichtlich der Frage der Verfassungsmässigkeit von Art. 4 Abs. 1 Bst. e 180a PGR-G führt die FMA-BK aus, sie habe diese nicht zu beurteilen. Selbst wenn sie die Bestimmung als verfassungswidrig ansehen würde, wäre sie nicht dazu berechtigt, einen Normenkontrollantrag an den StGH zu stellen.

<sup>206</sup> Gegen die Entscheidung der FMA-BK erhob der Beschwerdeführer Beschwerde an den VGH. Dieser entschied, das Verfahren zu unterbrechen und einen Normenkontrollantrag zur Prüfung von Art. 4 Abs. 1 Bst. e sowie Art. 4 Abs. 2 180a PGR-G an den StGH zu stellen. Aufgrund seiner Analyse der einschlägigen

Erlassverfahren und der bisherigen Rechtsprechung des StGH gelangte der VGH zum Ergebnis, im gegenständlichen Verfahren sei das Erfordernis einer Niederlassungsbewilligung für Schweizer Staatsangehöriger für die Ausübung der Geschäftsführertätigkeit nach Art. 180a PGR nicht zu rechtfertigen. Der VGH beantragte die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der genannten Bestimmungen; sie seien gemäss Art. 21 StGHG aufzuheben.

<sup>207</sup> Der StGH erkannte in seinem Urteil zu Recht:

- «1. Dem Antrag des Verwaltungsgerichtshofes wird teilweise Folge gegeben. Art. 4 Abs. 1 Bst. e des Gesetzes betreffend die Aufsicht über Personen nach Art. 180a des Personen- und Gesellschaftsrechts, in der Fassung von LGBl. 2013 Nr. 426, wird als verfassungswidrig aufgehoben.
2. Die Rechtswirksamkeit der Aufhebung dieser Bestimmung wird um ein Jahr ab dem Tage der Kundmachung aufgeschoben.
3. Ziffer 1 und 2 des Urteilspruches sind von der Regierung gemäss Art. 19 Abs. 3 StGHG unverzüglich im Landesgesetzblatt kundzumachen.
4. Die Gerichtskosten trägt das Land Liechtenstein.»

<sup>208</sup> Entgegen der eingereichten Stellungnahme der Regierung, die vorab mit völkerrechtlichen und staatsvertragsrechtlichen Erwägungen die Verfassungskonformität von Art. 4 Abs. 1 Bst. e 180a PGR-G geltend gemacht hatte, erachtete der StGH die Bestimmung als einen Verstoss gegen das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot. Bezüglich der Vaduzer Konvention führte der StGH aus (Erwäg. 2.4.2):

<sup>209</sup> «Zudem bringt die Regierung vor, dass Anhang M zur Vaduzer Konvention integraler Bestandteil dieses Abkommens sei. Die Vaduzer Konvention inklusive deren Anhänge seien das Resultat eines zwischenstaatlichen

Verhandlungsprozesses und stellten somit eine gegenseitige völkerrechtliche Willensbekundung zwischen mehreren Staaten dar. Darin regelten die Vertragsparteien unter anderem die Rechte, welche sie den jeweils anderen Staatsangehörigen gewähren wollen.

<sup>210</sup> Der Staatsgerichtshof zweifelt hierbei nicht, dass die Vaduzer Konvention vom gegenseitigen Willen der Vertragsparteien getragen ist. Trotzdem kann eine von Liechtenstein bei den Vertragsverhandlungen durchgesetzte Schlechterstellung von ausländischen Staatsangehörigen das innerstaatliche Gleichheitsgebot der Landesverfassung verletzen, wenn unter den ausländischen Staatsangehörigen Unterscheidungen getroffen werden, welche sich auf keine sachlichen Gründe stützen können.»

<sup>211</sup> In Würdigung und Differenzierung seiner bisherigen einschlägigen Rechtsprechung erachtete der StGH die Ungleichbehandlung schweizerischer Staatsangehöriger namentlich im Licht der Regelungen betreffend Treuhändertätigkeiten im Allgemeinen als verfassungswidrig (Erwäg. 2.3):

«Der aktuelle Fall betrifft eine gegenüber der Treuhänderbewilligung auf die Ausübung von Organfunktionen eingeschränkte Tätigkeit nach Art. 180a Abs. 2 PGR i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Bst. e und Abs. 2 180a PGR-G für Schweizer Staatsangehörige ohne Wohnsitz in Liechtenstein. Die Argumentation, dass die Geschäftsführung einer juristischen Person nicht möglich ist, die Betreuung einer Einzelfirma jedoch schon, ist dabei nicht schlagend, denn die Tätigkeit gemäss Art. 180a Abs. 2 PGR ist zwingend nur im Angestelltenverhältnis möglich (Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 Bst. b 180a PGR-G).

<sup>212</sup> Allerdings ist in diesem Zusammenhang der Grössenschluss zu beachten (*argumentum a maiore ad minus*): Wenn es Schweizer Staatsangehörigen ohne Wohnsitz in Liechtenstein erlaubt ist, eine uneingeschränkte Treuhändertätigkeit in Liechtenstein auszuüben – sei es im Angestelltenverhältnis, als Einzelfirma

oder als Geschäftsführer einer juristischen Person (Art. 5 Abs. 1 Bst. d TrHG) –, dann ist es ihnen umso mehr zu erlauben, eine gegenüber der Treuhändertätigkeit stark eingeschränkte Tätigkeit gemäss Art. 180a Abs. 2 PGR im Angestelltenverhältnis auszuüben. Mit anderen Worten ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum es Schweizer Staatsangehörigen ohne Wohnsitz in Liechtenstein im Angestelltenverhältnis gestattet sein soll, einer vollumfänglichen Treuhändertätigkeit nachzugehen, sie jedoch von der entsprechend eingeschränkten Tätigkeit gemäss Art. 180a Abs. 2 PGR ausgeschlossen sein sollen.»

<sup>213</sup> Zu den Folgen der Aufhebung der PGR-G-Bestimmung führte der StGH aus (Erwäg. 4):

«Die Aufhebung dieser PGR-G-Bestimmung bewirkt nun allerdings, dass jegliche Einschränkung hinsichtlich der Staatsangehörigkeit für Geschäftsführende von juristischen Personen dahinfällt (vgl. StGH 2014/146, Erw. 3). Damit wären diese Tätigkeiten neben EWR- und schweizerischen Staatsangehörigen auch für jegliche Drittstaatsangehörige offen. Dies rechtfertigt es, dass der Staatsgerichtshof von der ihm durch Art. 19 Abs. 3 StGHG eingeräumten Ermächtigung Gebrauch macht und für die Rechtswirksamkeit der Aufhebung eine Frist von einem Jahr ab der Kundmachung dieser Entscheidung setzt (vgl. StGH 2019/095, Erw. 5; StGH 2014/061, Erw. 8 [beide [www.gerichtsentscheide.li](http://www.gerichtsentscheide.li)]; StGH 2014/146, Erw. 3). Für die Dauer dieser Frist bleibt die aufgehobene Gesetzesbestimmung abgesehen vom Anlassfall in Kraft.»

<sup>214</sup> Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs im vorliegenden Zusammenhang und zum Kern seines Urteils hält der StGH abschliessend fest (Erwäg. 5):

«[Es ist] zunächst zu präzisieren, dass die Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofes für das Verhältnis zur Schweiz als Nicht-EWR-Staat nicht verbindlich ist, auch wenn der Staatsgerichtshof diese Rechtsprechung in

den erwähnten beiden Entscheidungen hilfsweise ebenfalls herangezogen hat. Eine Schlechterbehandlung von schweizerischen gegenüber EWR-Staatsangehörigen verstösst nach der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes an sich nicht gegen den Gleichheitssatz der Verfassung. Entsprechend war für den vorliegenden Fall auch letztlich allein wesentlich, dass die Ungleichbehandlung verschiedener Fallgruppen von schweizerischen Staatsangehörigen untereinander – unabhängig vom Verhältnis zu EWR-Staatsangehörigen – gegen den Gleichheitssatz der Verfassung verstösst. Zudem ist sich der Staatsgerichtshof sehr wohl bewusst, dass die beiden früheren und die gegenständliche Entscheidung des Staatsgerichtshofes zu einer Besserstellung von schweizerischen Staatsangehörigen ohne damit gekoppelte schweizerische Gegenleistung führt. Für den Staatsgerichtshof ist allerdings nicht ersichtlich, ob die Schweiz allenfalls ihrerseits vergleichbare einseitige Konzessionen zum Abbau des Vorbehalts in den Anhängen L bis O gemacht hat. Falls dem nicht so sein sollte, liegt es im Ermessen der Regierung, ob sie die schweizerischen Behörden auf diese Disparität hinweisen und auf vergleichbare Konzessionen hinwirken will.»

<sup>215</sup> **Anmerkung der FMA:** Dieser Entscheid ist für die FMA von besonderer Bedeutung, zumal er die Voraussetzungen für eine Bewilligungserteilung nach dem Gesetz betreffend die Aufsicht über Personen nach Art. 180a des Personen- und Gesellschaftsrechts (180a-G) in einem wesentlichen Aspekt ändert: Bis anhin hatten schweizerische Staatsangehörige mit Wohnsitz in der Schweiz keinen Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung zur Ausübung von Tätigkeiten nach Art. 180a PGR.

Der StGH hat aufgrund eines Normenkontrollantrages des VGH entschieden, dass in Liechtenstein die Ungleichbehandlung verschiedener Fallgruppen von schweizerischen Staatsangehörigen untereinander gegen den Gleichheitssatz der Verfassung verstösst und Art. 4 Abs. 1 Bst. e 180a-G folglich als verfassungs-

widrig aufgehoben wird. Ausschlaggebend war vorliegend der Grössenschluss (argumentum a maiore ad minus) insofern, als es Schweizer Staatsangehörigen ohne Wohnsitz in Liechtenstein bisher bereits erlaubt war, eine uneingeschränkte Treuhändertätigkeit in Liechtenstein auszuüben und es ihnen daher umso mehr erlaubt sein muss, eine demgegenüber stark eingeschränkte Tätigkeit gemäss Art. 180a Abs. 2 PGR im Angestelltenverhältnis auszuüben.

Die Rechtswirksamkeit der Aufhebung der betroffenen Bestimmung schob der StGH um ein Jahr auf. Künftig wird auch schweizerischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in der Schweiz bei Erfüllung sämtlicher gesetzlicher Voraussetzungen eine Bewilligung zur Ausübung von Tätigkeiten nach Art. 180a PGR zu erteilen sein.

## HERSTELLUNG DES RECHTMÄSSIGEN ZUSTANDES; ABRUCH DER GESCHÄFTSBEZIEHUNG

<sup>216</sup> Mit Verfügung forderte die FMA das nach dem VersAG beaufsichtigte Versicherungsunternehmen X Versicherung AG, welches das Lebensversicherungsgeschäft betreibt, auf, «das Geschäftsprofil der Geschäftsbeziehung Police [YYY] hinsichtlich der Angaben zur Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte und zum wirtschaftlichen Hintergrund des Gesamtvermögens gemäss Art. 8 Sorgfaltspflichtgesetz (SPG) vollständig zu erstellen.» Die X Versicherung AG wurde verpflichtet, die notwendigen Nachweise zur Herkunft und zum wirtschaftlichen Hintergrund der Vermögenswerte (wie beispielsweise Lohnnachweis, Jahresrechnung, Steuererklärungen etc.) in den Sorgfaltspflichtakt zur Geschäftsbeziehung aufzunehmen und der FMA eine Kopie dieser Dokumentation zuzustellen. Schliesslich wurde der X Versicherung AG aufgetragen, die Geschäftsbeziehung zur Police YYY unter hinreichender Dokumentation des Abflusses der Vermögenswerte abzurechnen

(Art. 5 Abs. 3 Bst. b SPG), sollten die Sorgfaltspflichten durch die X Versicherung AG nicht wahrgenommen werden können.

<sup>217</sup> Aufgrund einer ordentlichen Sorgfaltspflichtkontrolle und einer späteren Nachkontrolle musste festgestellt werden, dass der Sorgfaltspflichtakt zur Geschäftsbeziehung der Police YYY mangelhaft war. Gemäss Kontrollbericht trug der Nachweis der Herkunft bzw. der wirtschaftliche Hintergrund der Vermögenswerte, gestützt auf lediglich rudimentäre Angaben, dem Risiko der Geschäftsbeziehung zu wenig Rechnung. Es handelte sich um eine Geschäftsbeziehung mit einem PEP und Länderrisiko Venezuela; zudem belief sich die Police auf USD 10,1 Mio. Trotz zahlreicher durch die FMA gewährter Fristerstreckungen war die X Versicherung AG nicht imstande, zusätzliche geeignete Nachweise zu liefern. Entsprechend verfügte die FMA wie eingangs dargelegt.

<sup>218</sup> Hinsichtlich der Erstellung des Geschäftsprofils (Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Art. 8 Abs. 1 SPG) führte die FMA aus:

*«Das Geschäftsprofil stellt die Basis für die laufende Überwachung einer Geschäftsbeziehung dar und muss dementsprechend ausreichend Informationen enthalten, um eine angemessene Überwachung sicherstellen zu können. Das Geschäftsprofil hat daher mindestens die erforderlichen Angaben gemäss Art. 20 SPV zu enthalten und muss den individuellen Gegebenheiten und Risiken einer Geschäftsbeziehung Rechnung tragen. Der jeweilige Detaillierungsgrad ist abhängig von der individuellen Risikoeinstufung der Geschäftsbeziehung. Das bedeutet, je höher das Risiko einer Geschäftsbeziehung eingestuft wird, desto mehr Informationen müssen zur Geschäftsbeziehung vorliegen.»*

<sup>219</sup> Im Hinblick auf die Angaben im Geschäftsprofil spielt die jeweilige Plausibilisierung dieser Informationen eine zentrale Rolle. Fakt ist, dass nicht sämtliche vom Kunden erhaltenen Auskünfte und Informationen ungeprüft

*akzeptiert werden dürfen. Wie weit im Einzelfall die Plausibilisierung und die damit verbundene Dokumentation gehen muss, ist abhängig vom individuellen Risiko der Geschäftsbeziehung.»*

<sup>220</sup> Gegen die Verfügung der FMA erhob die X Versicherung AG Beschwerde bei der FMA-BK. Diese gab der Beschwerde keine Folge.

<sup>221</sup> Unter Zitierung der FMA-Wegleitung 2018/7 («Allgemeine und branchenspezifische Auslegung des Sorgfaltspflichtrechts») folgte die FMA-BK den Erwägungen der FMA und hielt ihrerseits fest (Erwäg. 6 und 9):

*«Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass angesichts der Risikoeinstufung (PEP, [staatliches Unternehmen]; Venezuela) ein Geschäftsprofil, welches sich mit den blossen Angaben der wirtschaftlich berechtigten Person genügt und nicht durch (Dritt-) Belege plausibilisiert ist, nicht dem Gesetz entspricht.»*

<sup>222</sup> Dem Argument der Beschwerdeführerin, die Vermögenswerte seien nicht aus einem Land mit erhöhter Sorgfaltspflicht zu ihr geflossen, sondern von einem ebenfalls streng regulierten Sorgfaltspflichtigen, nämlich der Z Bank in Zürich, widersprach die FMA-BK:

*«Diesem Argument kann nicht beigetreten werden. Denn es trifft den der liechtensteinischen Sorgfaltspflichtgesetzgebung unterstehenden Finanzintermediär die originäre Pflicht, den ihm durch das SPG und die SPV auferlegten Pflichten nachzukommen. Massgeblich ist nicht, dass die Vermögenswerte aus der Schweiz zugeflossen sind, massgeblich ist, dass es sich um eine Geschäftsbeziehung mit hohem Risiko handelt und dementsprechend die Herkunft der Vermögenswerte durch entsprechende Dokumente zu plausibilisieren ist.»*

<sup>223</sup> Die Beschwerdeführerin machte im Weiteren geltend, wegen des Aufenthalts des Kunden in einem Exilland und des Gesundheitszustands des Kunden sowie aufgrund der Corona-Pandemie sei es schlicht unmöglich, weitere Unterlagen in Venezuela zu beschaffen. Dazu führt die FMA-BK aus (Erwäg. 15):

«Dem ist – die geltend gemachten Umstände sind durchaus anzuerkennen – entgegenzuhalten, dass die einschlägigen Bestimmungen des SPG (nach Auffassung der Beschwerdekommision: völlig zu Recht) nicht darauf abstellen, aus welchem Grund ein Finanzintermediär ein Geschäftsprofil allenfalls nicht gesetzeskonform erstellen kann. Massgeblich ist nur, ob das Geschäftsprofil gesetzeskonform ist. Ist der Finanzintermediär, aus welchen Gründen auch immer, nicht in der Lage, das Geschäftsprofil entsprechend den Bestimmungen des SPG und der SPV zu erstellen, so folgt daraus, dass der Finanzintermediär die Sorgfaltspflichten eben nicht wahrnehmen kann und er eine Geschäftsbeziehung nicht aufnehmen darf bzw. die bestehende Geschäftsbeziehung abbrechen hat (Art 5 Abs 3 lit a und b SPG).»

<sup>224</sup> Zum angeordneten Abbruch der Geschäftsbeziehung hielt die FMA-BK fest (Erwäg. 19 und 21):

«Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Finanzmarktaufsicht, dem Finanzintermediär Anweisungen/Hilfestellungen in Bezug auf die Frage, wie die Geschäftsbeziehung genau abbrechen ist, zu geben. Es genügt hier der Hinweis, wie ihn schon die Finanzmarktaufsicht gegeben hat, nämlich auf Art 5 Abs 3 lit b SPG, wonach der Sorgfaltspflichtige die bestehende Geschäftsbeziehung ungeachtet anderer gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmungen abbrechen hat. [...]»

<sup>225</sup> Der Vollständigkeit halber ist noch festzuhalten, dass es sich beim Auftrag der Finanzmarktaufsicht, die Geschäftsbeziehung abbrechen, der Sache nach um nichts anderes als um einen (weiteren) Auftrag, den rechtmässigen Zustand herzustellen, handelt. Dass die

Finanzmarktaufsicht angesichts der ihr vom SPG eingeräumten umfangreichen Befugnisse (erforderliche Massnahmen) im Sinne von Art 28 Abs 1 SPG) dazu befugt ist, bedarf keiner näheren Erläuterung. Die Erteilung des Auftrags ist notwendige Voraussetzung, um gegebenenfalls – bei Nichtbefolgung – mit der Sanktionierung als Verwaltungsübertretung nach Art 31 Abs 1 lit b SPG vorgehen zu können.»

<sup>226</sup> **Anmerkung der FMA:** Hinsichtlich der Erfordernisse zur Plausibilisierung und Überprüfung der Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte bzw. des wirtschaftlichen Hintergrunds des Gesamtvermögens ist die (nunmehr per 13. April 2022 angepasste) FMA-Wegleitung 2018/7 massgeblich.

Die FMA-BK hält fest, dass eine bestehende Geschäftsbeziehung abbrechen ist, wenn die Sorgfaltspflichten – aus welchen Gründen auch immer – vom Sorgfaltspflichtigen nicht wahrgenommen werden können. Weiters betonte die FMA-BK, dass es nicht Aufgabe der FMA ist, Anweisungen und Hilfestellungen zum Abbruch einer Geschäftsbeziehung zu geben.

## SORGFALTPFLICHTEN NACH WEGFALL EINER BANKBEWILLIGUNG

<sup>227</sup> Die FMA büsste mit Verwaltungsstrafbot die X Bank AG i.L. wegen Verletzung von Sorgfaltspflichten im Sinne des SPG. Die Bank hatte es bei 16 Geschäftsbeziehungen unterlassen, das Geschäftsprofil nach Art. 8 SPG zu aktualisieren und bei einer dieser Geschäftsbeziehungen zusätzlich unterlassen, das Geschäftsprofil vollständig nach Art. 8 SPG zu erstellen. Dadurch hat die Bank i.L. wiederholt (in 16 Fällen) die Verwaltungsübertretung nach Art. 31 Abs. 1 Bst. e i.V.m. Abs. 3 Bst. a und Abs. 5 SPG begangen.

<sup>228</sup> Die Mängel beim Erstellen und Aktualisieren der Geschäftsprofile sind im Rahmen einer ordentlichen Sorgfaltspflichtkontrolle sowie einer Nachkontrolle

festgestellt worden. Die der X Bank AG (damals noch nicht i.L.) auferlegten Umsetzungsmassnahmen wurden nicht umgesetzt.

<sup>229</sup> Mit Beschluss der ausserordentlichen Generalversammlung der X Bank AG vom März 2021 wurde die Auflösung und Liquidation der X Bank AG beschlossen. Es wurden externe Liquidatoren bestellt. Zudem umfasste der Beschluss den Verzicht auf die Bewilligung zum Betrieb einer Bank gemäss BankG. Der Verzicht wurde der FMA zur Kenntnis gebracht.

<sup>230</sup> In rechtlicher Hinsicht ist für die FMA unbestritten, dass die X Bank AG i.L. als Sorgfaltspflichtige gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a SPG zu qualifizieren ist und somit im Hinblick auf die monierten Geschäftsbeziehungen die Sorgfaltspflichten gemäss SPG wahrzunehmen hat. Der Umstand, dass die Gesellschaft i.L. mittlerweile über keine Bewilligung nach dem BankG mehr verfügt, hat keine Auswirkungen auf die Verpflichtung zur Wahrnehmung der Sorgfaltspflichten nach dem SPG. Die X Bank AG i.L. untersteht weiterhin der Aufsicht der FMA; das gilt insbesondere für die Aufsicht im Bereich Sorgfaltspflichten. Dazu führt die FMA aus:

<sup>231</sup> *«Allein Art. 1 SPG postuliert schon, dass das SPG die Sicherstellung der Sorgfalt bei der berufsmässigen Ausübung der diesem Gesetz unterstellten Tätigkeiten regelt. Das Betreiben von Bankgeschäften i.S.d. Art. 3 BankG, die zur Abwicklung vorgenommen werden, ist eine solche unterstellte Tätigkeit. Zwar mag es sein, dass Art. 3 Abs. 1 Bst. a SPG nur Banken mit aufrechter Bewilligung als Sorgfaltspflichtige des SPG normiert, dennoch wird aufgrund des Sinnes und Zweckes eine sorgfaltspflichtrechtliche Nachwirkung auf jene Geschäftsbeziehungen angenommen, die später zur Abwicklung gebracht werden. Ergänzend wird auf die FMA-Wegleitung 2018/7 (Seite 44) sowie auf Art. 3 Abs. 1 Bst. k Z. 2 und 4 SPG verwiesen.»*

<sup>232</sup> Bei ihren Erwägungen stützt sich die FMA auch auf eine Entscheidung des österreichischen OGH, worin festgestellt wird, dass ein Institut ohne Bewilligung nach wie vor seine sorgfaltsrechtlichen Pflichten wahrnehmen muss:

*«Der OGH führt demnach aus, dass die Rechtsansicht, wonach mit dem Entzug der Bankbewilligung auch die Aufsicht durch die zuständige Bankenaufsichtsbehörde endet (sodass keine Kontrollen mehr erfolgen können, ob eine Gesellschaft die noch bestehenden Vermögenswerte ihrer Kunden sorgfältig verwalte, ob Bestimmungen zur Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung weiter beachtet werden und ob auch sonstige rechtliche Bestimmungen zum Schutz der Stabilität und Integrität des Finanzmarkts eingehalten werden) nicht richtig ist. (öOGH 9.12.2020, 6 Ob 119/20y [...]).»*

<sup>233</sup> Hinsichtlich des Profils über eine Geschäftsbeziehung hält die FMA fest, nach Art. 8 Abs. 2 SPG hätten die Sorgfaltspflichtigen zudem sicherzustellen, dass die im Geschäftsprofil enthaltenen Daten und Informationen in regelmässigen Zeitabständen aktualisiert werden. Das gilt insbesondere mit Bezug auf die Beachtung von Art. 20 und Art. 28 SPV.

<sup>234</sup> Zur Aussagekraft und zur Aktualisierung von Geschäftsprofilen führt die FMA sodann aus (vgl. dazu auch vorne Rz. 221 ff.):

*«Das Gesetz schreibt zwingend vor, dass es nicht genügt, ein Geschäftsprofil bloss «formell» zu erstellen, indem alle Angaben nominell vorhanden sind (d.h. einfach «irgendetwas» geschrieben wird), sondern das Geschäftsprofil hat zugleich auch aussagekräftig zu sein. Der Tatbestand des Art. 31 Abs. 1 Bst. e SPG ist bereits dann erfüllt, wenn das Profil zwar «formell» erstellt wurde, jedoch nicht genügend aussagekräftig ist und es somit*

nicht nach den Bestimmungen des Art. 8 Abs. 1 SPG 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 überlassen sind (vgl. dazu FMA-BK 2014/2 [...], S.11 u. FMA-BK 2017/15 [...], S. 24).

<sup>235</sup> Das Geschäftsprofil ist aktuell zu halten und in regelmässigen Abständen aktiv durch den Sorgfaltspflichtigen zu aktualisieren (Art. 8 Abs. 2 SPG).

Die Häufigkeit der Aktualisierung hängt von der Risikoeinstufung der Geschäftsbeziehung ab. In Fällen erhöhter und hoher Risiken hat die aktive Überprüfung des Geschäftsprofils mindestens alle ein bis zwei Jahre zu erfolgen. Im Fall von normalen Risiken mindestens alle drei bis fünf Jahre und hinsichtlich Geschäftsbeziehungen mit geringen Risiken hat eine Aktualisierung anlassbezogen (bspw. anlässlich der Generierung eines «Alerts» des Überwachungssystems) stattzufinden. Die Aktualisierung ist jeweils im Sinne von Art. 20 Abs. 3 SPV zu dokumentieren bzw. intern zu vermerken. Auch für den Fall, dass sich gegenüber dem früheren Profil keine Änderungen ergeben haben, hat der Sorgfaltspflichtige dies mit Datum und Unterschrift zu dokumentieren (vgl. FMA-BK 2019/17 [...], S. 61 [...]).»

<sup>236</sup> **Anmerkung der FMA:** Dieser Entscheid ist für die FMA von besonderer Bedeutung, zumal klargestellt wurde, dass ein Sorgfaltspflichtiger auch im Falle eines Bewilligungsverzichts und in Folge einer Liquidation weiterhin dem Sorgfaltspflichtgesetz unterstellt ist und die obliegenden Sorgfaltspflichten wahrzunehmen sind.





# ANHANG

## STICHWORTVERZEICHNIS

Die Zahlen verweisen auf die Randziffern des Textes.

**Amtshaftung** **siehe bei Versicherungen  
und Vorsorgeeinrichtungen**

### Asset Management und Märkte

- Bewilligung als Wertpapierfirma 2 ff.
- Meldepflichten, Verletzung von 127 ff.
- Öffentliches Angebot von Wertpapieren 104 ff.
- Vermögensverwaltungsgesellschaft,  
Organisation 127 ff.

**Aufschiebende Wirkung von  
Verfügungen, Entzug** **29 f., 69**

### Banken

- Akteneinsicht bei fehlender Parteistellung 71 ff.
- Bankbewilligung; Erteilen und  
Erlöschen 2 ff., 36 ff., 50 ff.
- E-Geld-Institut, Bewilligung 96 ff.
- Einsetzung eines Nachfolgeliquidators;  
fachliche und persönliche Anforderungen  
nach Bankengesetzgebung 17 ff.
- Gewähr für einwandfreie Geschäfts-  
tätigkeit 20 ff., 38 ff.
- Qualifizierte Beteiligung an einer Bank 71 ff.
- Vorläufiger Verwalter nach SAG, Bestellung 32 ff.
- Wiedererwägungsgesuch; Antrag auf  
Abänderung einer bereits in Rechtskraft  
erwachsenen Entscheidung 1 ff.

**EFTA-Gerichtshof, Gutachten** **119 ff., 169 ff.**

**Feststellungsverfügung** **98**

**Frühinterventionsbedarf nach SAG** **41 ff., 56**

### Geldwäschereiprävention und Andere Finanzintermediäre

- Erbringung von Dienstleistungen,  
Regelung 187 ff.
- Erstellung von Geschäftsprofilen 218 ff., 227 ff.
- Herstellung des rechtmässigen Zustandes 216 ff.
- Sorgfaltspflichten, Erfüllung  
und Verletzung 186 ff., 216 ff., 227 ff.
- Tätigkeiten nach Art. 180a PGR,  
Schweizer Staatsangehörige 199 ff.

**Inquisitionsmaxime im Verwaltungs-  
strafverfahren** **151 ff.**

**Rechtsmittel** **5 ff., siehe auch  
Verwaltungsverfahren**

**Verhältnismässigkeitsgrundsatz** **18, 54 f., 87 ff.**

### Versicherungen und Vorsorgeeinrichtungen

- Ablehnungsanträge gegen Mitglieder  
der FMA 134 ff., 148 f., 154
- Amtshaftung von Versicherungs-  
aufsichtsbehörden 162 ff., 175 ff.
- Berichterstattungspflichten 132 ff.
- EMRK und Grundrechte 152 f., 156 ff.
- Haftung und Bussen 141 ff., 155 ff., 158 ff.  
siehe auch Amtshaftung von  
Versicherungsaufsichtsbehörden

**Verwaltungsstrafverfahren** **siehe  
Verwaltungsverfahren;  
auch Inquisitionsmaxime**

**Verwaltungsverfahren** **5 ff., 18 ff., 28, 40 ff., 73 ff.,  
98 ff., 114 ff., 129, 134 ff., 167 ff.**

**Warnmeldungen, Information der  
Öffentlichkeit** **49, 58 ff., 78 ff., 130**

**Wertpapiere und Märkte** **siehe Asset  
Management und Märkte**

**ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS**

		EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Abs.	Absatz	Erw./Erwäg.	Erwägungsgrund
AG	Aktiengesellschaft	ESMA	European Securities and Markets Authority (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde)
Art.	Artikel	EU	Europäische Union
Art 180a PGR-G / 180a PGR-G / 180a-G	Gesetz betreffend die Aufsicht über Personen nach Art. 180a des Personen- und Gesellschaftsrechts	EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Deutschland)	EWRA	EWRA-Abkommen (EWRA-Vertrag)
BankG	Gesetz über die Banken und Wertpapierfirmen	EWR-WPPDG	EWR-Wertpapierprospekt-Durchführungsgesetz
BankV	Verordnung über die Banken und Wertpapierfirmen	f(f).	(fort)folgende
Bst.	Buchstabe	FMA	Finanzmarktaufsicht Liechtenstein
BuA	Bericht und Antrag	FMAG	Gesetz über die Finanzmarktaufsicht
bzw.	beziehungsweise	FMA-BK	FMA-Beschwerdekommision
CHF	Schweizer Franken	i.d.F.	in der Fassung
d.h./dh	das heisst	i.H.v.	in Höhe von
EBA	European Banking Authority (Europäische Bankenaufsichtsbehörde)	i.L.	in Liquidation
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation	i.S.d./iSd	im Sinne des
EGG	E-Geldgesetz	i. V. m./iVm	in Verbindung mit
		LES	Liechtensteinische Entscheidungssammlung

LG	Fürstliches Landgericht	StGB	Strafgesetzbuch
LGBl.	Liechtensteinisches Landesgesetzblatt	StGH	Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein
lit.	litera (Buchstabe)	StGHG	Gesetz über den Staatsgerichtshof
Ltd./Ltd	Limited	StPO	Strafprozessordnung
LV	Verfassung des Fürstentums Liechtenstein	StRAG	Strafrechtsanpassungsgesetz
LVG	Gesetz über die allgemeine Landesverwaltungspflege	TrHG	Gesetz über die Treuhänder
MTF	Multilaterales Handelssystem	u.a.	unter anderem(n)
Nr.	Nummer	udgl	und dergleichen
OG	Fürstliches Obergericht	VersAG	Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen
OGH	Fürstlicher Oberster Gerichtshof	VGH	Verwaltungsgerichtshof
PCC	Protected Cell Company	vgl.	vergleiche
PEP	Politisch exponierte Person	VO	Verordnung
PGR	Personen- und Gesellschaftsrecht	VVG	Gesetz über die Vermögensverwaltung
Randnr.	Randnummer	WPG	Wirtschaftsprüfergesetz
RL	Richtlinie	WPPG	Wertpapierprospektgesetz
Rz.	Randziffer	WPRG	Gesetz über die Wirtschaftsprüfer und Revisionsgesellschaften
SAG	Sanierungs- und Abwicklungsgesetz	z. B./zB	zum Beispiel
sog.	sogenannt	Ziff.	Ziffer
SPG	Sorgfaltspflichtgesetz		
SPV	Verordnung zum Sorgfaltspflichtgesetz		

**Herausgeber und Redaktion**

Finanzmarktaufsicht Liechtenstein  
Landstrasse 109  
Postfach 279  
9490 Vaduz  
Liechtenstein

[info@fma-li.li](mailto:info@fma-li.li)  
[www.fma-li.li](http://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 2022