

24

**FMA-
PRAXIS
2024**

Informationen der FMA zu ihrer Aufsichtstätigkeit
mit Entscheidungen und Beschlüssen

4 VORWORT

8 BANKEN

- 9 Pflichten nach der Marktmissbrauchsverordnung (MAR)
- 11 Risikomanagement im Bereich des Zahlungsverkehrs

14 ASSET MANAGEMENT UND MÄRKTE

- 15 Stellen von Beweisanträgen
- 16 Einsetzung eines Beobachters nach UCITSG und AIFMG

20 VERSICHERUNGEN UND VORSORGEINRICHTUNGEN

- 21 Erwerb einer qualifizierten Beteiligung an einem Versicherungsunternehmen

28 GELDWÄSCHEREIPRÄVENTION UND ANDERE FINANZINTERMEDIÄRE

- 29 Nachforderung von Aufsichtsabgaben
- 30 Überprüfung der Vertrauenswürdigkeit nach WPG
- 34 Verletzung von Sorgfaltspflichten im Sinne des SPG
- 42 Erstellen des Geschäftsprofils; Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Personen; Verantwortlichkeit einer juristischen Person

52 ANHANG

- 53 Stichwortverzeichnis
- 54 Abkürzungsverzeichnis

VORWORT

Vaduz, Juni 2025

Die vorliegende FMA-Praxis gibt in anonymisierter Form Auskunft über Entscheidungen und Verfügungen der FMA sowie über Beschlüsse, Entscheidungen und Gutachten der FMA-Beschwerdekommision (FMA-BK), des Verwaltungsgerichtshofs (VGH) und des EFTA-Gerichtshofs, welche die Aufsichtsperiode 2024 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 2024 sind für die FMA mehrere Entscheide von besonderer Relevanz für die weitere Aufsichtspraxis gefällt worden.

In einem Fall hatte die FMA den beabsichtigten Erwerb sämtlicher Anteile an einem liechtensteinischen Versicherungsunternehmen durch eine interessierte Erwerberin, vertreten und indirekt gehalten durch eine natürliche Person, zu beurteilen. Die FMA erhob Einspruch gegen den beabsichtigten Erwerb, da sie zu dem Schluss gekommen war, dass die interessierte Erwerberin die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt, insbesondere weil ihr die notwendige Eignung fehlte.

Gegen die Verfügung der FMA erhob die interessierte Bewerberin Beschwerde an die FMA-BK. Die FMA-BK sah sich veranlasst, den EFTA-Gerichtshof um Gutachtenserstattung zu ersuchen. Die FMA-BK erkundigte sich unter anderem nach der Auslegung der Begriffe «Eignung» und «Zuverlässigkeit» sowie nach der Bindungswirkung von Leitlinien der Europäischen Aufsichtsbehörden gegenüber den Gerichten der Mitgliedstaaten.

Auf Grundlage des Gutachtens bestätigte die FMA-BK den Einspruch der FMA gegen den beabsichtigten Erwerb und hielt fest, dass die liechtensteinischen Gerichte gehalten sind, Begriffe und Bestimmungen,

die aus dem EWR-Recht übernommen wurden, so auszulegen, wie es dem EWR-Recht entspricht. Entsprechend ist unter anderem Art. 94 Abs. 1 Bst. a VersAG dahingehend auszulegen, dass unter dem Begriff «persönliche Integrität» sowohl die Integrität als auch die fachliche Eignung des interessierten Erwerbers zu verstehen sind. Schliesslich wurde – ebenfalls auf Grundlage des genannten Gutachtens des EFTA-Gerichtshofs – geklärt, dass Leitlinien der Europäischen Aufsichtsbehörden auch von den Gerichten der EWR-Staaten zu berücksichtigen sind.

Dieser Entscheid ist für die FMA unter anderem deshalb von besonderer Relevanz, da – auf Grundlage eines entsprechenden Gutachtens des EFTA-Gerichtshofs und soweit ersichtlich erstmals im europäischen Rechtsraum – gerichtlich klargestellt wurde, dass ein interessierter Erwerber einer qualifizierten Beteiligung an einem Finanzinstitut nicht nur über persönliche Integrität, sondern auch über fachliche Kompetenz verfügen muss.

In einem weiteren Fall hatte die FMA aufgrund einer strafgerichtlichen Verurteilung über die Vertrauenswürdigkeit als Bewilligungsvoraussetzung für die Tätigkeit eines Finanzintermediärs im Sinne des WPG zu entscheiden.

In einem diesem Fall vorgängigen Verfahren wurde bereits über die Vertrauenswürdigkeit des Intermediärs entschieden. Die FMA stellte damals mit Verfügung fest, dass der Intermediär aufgrund einer landesgerichtlichen Verurteilung in Österreich im Jahr 2021 seit Rechtskraft dieses Urteils bis zumindest zur Tilgung der Verurteilung im Strafregister nicht mehr vertrauenswürdig ist. Die FMA-BK gab der gegen diese Verfügung der FMA erhobenen Beschwerde Folge und hob diese ersatzlos auf. Dies mit der

Begründung, dass kein Zusammenhang zwischen der erlittenen Verurteilung in Österreich und der beruflichen Tätigkeit des Beschwerdeführers vorliegt.

Im Nachgang zu dem vorerwähnten Verfahren kam Ende 2023 auch ein Strafverfahren in Liechtenstein gegen denselben Finanzintermediär zum Abschluss. Die betroffene Person informierte die FMA über die rechtskräftige Verurteilung wegen des Vergehens der versuchten Untreue sowie des Verbrechens der Geldwäscherei und machte geltend, der relevante Sachverhalt habe schon dem früheren Strafverfahren in Österreich und dem früheren Verwaltungsverfahren der FMA zugrunde gelegen.

Dem widersprach die FMA und hielt fest, dass die Person aufgrund der Schwere der Verurteilung im Inland nicht mehr vertrauenswürdig ist. Vom Entzug der Bewilligung nach dem WPG sah die FMA nach einer Verhältnismässigkeitsprüfung ab.



Dr. Christian Batliner
Präsident des Aufsichtsrats

Der dagegen erhobenen Beschwerde wurde seitens der FMA-BK keine Folge gegeben. Vielmehr wurde ausgesprochen, dass nunmehr weitere Sachverhalte vorliegen, die zur inländischen Verurteilung führten, und dass diese strafbaren Handlungen der Annahme der Vertrauenswürdigkeit entgegenstehen.

Per Ende 2024 führte die FMA insgesamt 34 Verwaltungsverfahren oder Verwaltungsstrafverfahren. 84 Verfahren konnten abgeschlossen werden. Davon endeten 15 mit einer Verfahreneinstellung, 45 mit Massnahmen mittels einfachem Schreiben, acht mit einer Schlussverfügung, zwölf mit Unterwerfung und vier mit Verwaltungsbot bzw. Verwaltungsstrafbot. Die FMA hat 2024 18 rechtskräftige Bussen in der Höhe von insgesamt CHF 971 500 verhängt. 2024 wurden insgesamt 20 Verwarnungen ausgesprochen.



Mario Gassner
Vorsitzender der Geschäftsleitung

BANKEN

PFLICHTEN NACH DER MARKT- MISSBRAUCHSVERORDNUNG (MAR)

¹ Mehrere Fälle betreffen Mängel im Bereich der Vorbeugung und Aufdeckung von Marktmissbrauch nach der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 (Marktmissbrauchsverordnung; MAR).

² In einem Fall hatte die FMA aufgrund eines Amtshilfeersuchens Kenntnis über einen möglichen Insiderhandel betreffend die Y AG. Dieser war von der X Bank AG in einem grösseren Zeitraum nicht ordnungsgemäss nach Art. 16 Abs. 2 MAR der FMA gemeldet worden. Im Anschluss an die Information durch die FMA räumte die X Bank AG den Tatbestand ein und führte ihn auf ein Versehen ihrerseits zurück. Die Bank reichte die Meldung verdächtiger Transaktionen betreffend die Y AG nach. Überdies teilte sie mit, dass bankintern zusätzliche Kontrollmassnahmen implementiert worden seien, die in Zukunft bezügliches Fehlverhalten ausschliessen sollten.

³ Nach Art. 10 Abs. 1 Bst. b EWR-MDG wird von der FMA, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, wegen Übertretung mit Busse nach Abs. 3 bestraft, wer, wenn auch nur grob fahrlässig, gewerbsmässig Geschäfte vermittelt oder ausführt und dabei gegen die Vorschriften zur Vorbeugung und Aufdeckung von Marktmissbrauch nach Art. 16 Abs. 2 MAR verstösst.

⁴ Durch das Unterlassen einer unverzüglichen Meldung hatte die X Bank AG den Tatbestand nach Art. 10 Abs. 1 Bst. b EWR-MDG objektiv erfüllt. Entsprechend dem festgestellten Sachverhalt war die X Bank AG vollumfänglich geständig; der subjektive Tatbestand war daher ebenfalls erfüllt.

⁵ In Abwägung sämtlicher Strafzumessungsgründe und unter Berücksichtigung des Schuld- und Unrechtsgehalts der begangenen Übertretung verhängte die FMA eine Busse in Höhe von CHF 50 000. Die FMA veröffentlichte die verhängte Busse in anonymisierter Form auf ihrer Homepage nach Art. 14 Abs. 1 EWR-MDG.

⁶ In einem weiteren Fall hatte sich gestützt auf einen Bericht über die Vor-Ort-Kontrolle betreffend die Einhaltung der Vorschriften nach Art. 16 Abs. 2 MAR ergeben, dass die X Bank AG bei einem sogenannten Treffer zu einem Titel die Trefferbearbeitung nicht sorgfältig durchgeführt und nicht umgehend, sondern erst aus Anlass der gegenständlichen Vor-Ort-Kontrolle, Verdachtsmeldungen an die SFIU und die FMA getätigt hatte. Zu einer sorgfältigen Trefferbearbeitung führte die FMA aus:

⁷ *«Die Gründe für die (finale) Entscheidung in Bezug auf Treffer sind nicht zuletzt im Sinne einer effektiven Führungskontrolle sowie eines wirksamen Risikomanagements nachvollziehbar zu dokumentieren. Sind Erhebungen bzw. weitere Prüfschritte erforderlich, um abschliessend beurteilen zu können, ob eine Verdachtsmeldung zur erstatten ist, sind diese, in Übereinstimmung mit den Ausführungen im ESMA Final Report Draft technical standards on Market Abuse Regulation, Rz 155, ebenfalls nachvollziehbar zu dokumentieren.»*

⁸ Da die X Bank AG die Meldung betreffend einen Titel erst mehr als ein halbes Jahr nach der Generierung des Treffers und damit nicht unverzüglich vorgenommen hatte, hat sie die Übertretung nach Art. 10 Abs. 1 Bst. b EWR-MDG begangen. Die FMA verzichtete auf die Verhängung einer Busse und sprach stattdessen eine Verwarnung aus. Dazu die FMA:

⁹ «Nach Art. 36 Finanzmarktaufsichtsgesetz (FMAG) i.V.m. Art. 146 Abs. 1 des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltungspflege (LVG) kann die FMA in geringeren Verwaltungsstrafsachen, statt gegen den Beschuldigten eine Strafe zu verhängen, ihn in dem Sinne verwarnen, dass für diesmal von der Verhängung einer Strafe abgesehen wird. Aufgrund des Umstandes, dass der Vorfall ein Einzelfall war und sich infolge der mittlerweile geänderten Zuständigkeiten so nicht wiederholen kann, sieht die FMA diesmal von der Verhängung einer Busse nach Art. 10 Abs. 1 Bst. b und Abs. 5 EWR-MDG ab und spricht stattdessen gegen die [X Bank AG] im Zusammenhang mit der Übertretung nach Art. 10 Abs. 1 Bst. b und Abs. 5 EWR-MDG eine Verwarnung nach Art. 146 LVG aus.»

¹⁰ In einem nächsten Fall wurde aufgrund einer Vor-Ort-Kontrolle festgestellt, dass während längerer Zeit in Bezug auf ein bestimmtes MAR-Tool keine laufende, vollständige und wirksame Überwachung der Kundentransaktionen stattgefunden hatte. Da die X Bank AG es unterlassen hatte, eine Trefferanalyse hinsichtlich der verdächtigen Aufträge und Geschäfte vorzunehmen, erfüllte sie den Tatbestand nach Art. 10 Abs. 1 Bst. b und Abs. 5 EWR-MDG. In allgemeiner Hinsicht führte die FMA aus:

¹¹ «Gemäss Art. 16 Abs. 2 MAR muss, wer gewerbsmässig Geschäfte vermittelt oder ausführt, wirksame Regelungen, Systeme und Verfahren zur Aufdeckung und Meldung von verdächtigen Aufträgen und Geschäften schaffen und aufrechterhalten. Wann immer die betreffende Person den begründeten Verdacht hat, dass ein Auftrag oder ein Geschäft in Bezug auf ein Finanzinstrument – wobei es unerheblich ist, ob dieser bzw. dieses auf einem Handelsplatz oder anderweitig erteilt oder ausgeführt wurde – Insiderhandel oder Marktmanipulation oder den Versuch hierzu darstellt, so unterrichtet sie unverzüglich die zuständige Behörde nach Absatz 3.»

¹² Die X Bank AG erklärte sich vollumfänglich geständig. Sie wurde mit einer Busse in Höhe von CHF 20 000 bestraft.

¹³ In einem weiteren Fall stellte die FMA nach durchgeführter Vor-Ort-Kontrolle fest, dass bei der X Bank AG im relevanten Zeitraum bei der gewerbsmässigen Vermittlung und Ausführung von Geschäften Mängel bei der Schaffung und Aufrechterhaltung wirksamer Regelungen, Systeme und Verfahren zur Aufdeckung und Meldung von verdächtigen Aufträgen und Geschäften bestanden hatten. Die Mängel betrafen in erster Linie die nicht adäquaten Prüfprozesse, die fehlende Prüfung durch die interne Revision sowie die mangelnde Qualitätssicherung. Dadurch erfüllte die X Bank AG den objektiven Tatbestand nach Art. 10 Abs. 1 Bst. b und Abs. 5 EWR-MDG. Im Einzelnen listete die FMA die Versäumnisse unter Bezugnahme auf den Bericht der Vor-Ort-Kontrolle wie folgt auf:

¹⁴ – keine nachträgliche Überprüfung der Transaktionen im Zeitraum vom In-Kraft-Treten der gesetzlichen Verpflichtungen am 1. Januar 2021 bis zur Einführung des Systems;

- Bearbeitung der Treffer erfolgte nicht nach einem 4-Augen-Prinzip;
- keine dokumentierte, zumindest stichprobenartige Führungskontrolle der False Positive Treffer;
- die vorgenommenen Prüfschritte wurden nicht inhaltlich nachvollziehbar dokumentiert;
- die Interne Revision hat seit Implementierung des Systems keine Prüfung der Einhaltung der Bestimmungen der MAR durchgeführt;
- für die Kundenberater ist keine Schulung in Bezug auf die Transaktionsüberwachung und Bekämpfung von Marktmissbrauch durchgeführt worden und sind auch die Mitarbeiter der Compliance nur bei Einführung des Systems einmalig diesbezüglich geschult worden.

¹⁵ Die X Bank AG erklärte sich vollumfänglich geständig. Sie wurde von der FMA mit einer Busse in Höhe von CHF 75 000 bestraft.

Anmerkung der FMA

¹⁶ Diese Entscheide sind für die FMA von besonderer Relevanz, da die FMA mehrere verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen wegen Mängeln im Bereich der Vorbeugung und Aufdeckung von Marktmissbrauch nach Art. 16 MAR hinsichtlich der von der FMA festgestellten Übertretungen nach Art. 10 Abs. 1 Bst. b und Abs. 5 EWR-MDG erlassen hat.

In drei Fällen haben sich die betroffenen Banken vollumfänglich geständig erklärt und die Unterwerfung nach Art. 150 f. LVG beantragt. Da die Voraussetzungen für eine Unterwerfung gegeben waren, konnten die Verfahren mit Unterzeichnung der Unterwerfungserklärung abgeschlossen werden. In einem Fall hat die betroffene Bank die von der FMA schriftlich mittels einfachem Schreiben ausgesprochene Verwarnung nach Art. 146 LVG akzeptiert.

RISIKOMANAGEMENT IM BEREICH DES ZAHLUNGSVERKEHRS

¹⁷ Bei der Bank X AG war im Bereich Zahlungsverkehr ein Betrugsfall festgestellt worden. Die Prüfung des Falles offenbarte, dass im Zusammenhang mit Geschäftstransaktionen die Identität hinter der verwendeten E-Mail-Adresse nicht untersucht worden war, obwohl vorgängig keine Kommunikation über diese Adresse stattgefunden hatte. Es erfolgten Zahlungsüberträge aufgrund von Aufträgen der betreffenden E-Mail-Adresse, ohne dass diese jeweils überprüft worden wäre.

¹⁸ Die FMA sah darin einen Verstoss gegen die Vorschriften über das Risikomanagement im Bereich des Zahlungsverkehrs und führte aus:

¹⁹ *«Es wird festgestellt, dass die [Bank] im Zeitraum vom 23. November 2021 (Inkrafttreten der Weisung[...]) bis zum [...] (Information der Kundenfront anlässlich eines Meetings vom [...]) über keine spezifische Regelung verfügte, wonach bei per E-Mail erteilten Zahlungsaufträgen von einer (oder mehreren) mit dem Kunden vereinbarten E-Mail-Adresse(n) zumindest bei einem von der Bank zu bestimmenden Transaktionsmuster (Limit, Anzahl, etc.) eine weitere Überprüfung, beispielsweise durch einen von der Bank veranlassten zwingenden Rückruf (Callback) auf eine (oder mehrere) mit dem Kunden vereinbarte(n) Telefonnummer(n), erfolgen muss.»*

²⁰ Die FMA stellte fest, dass die Bank X AG die Vorschriften über das Risikomanagement (Art. 7a BankG) bzw. ihre Pflichten zur Implementierung von Risikominderungsmaßnahmen oder Kontrollmechanismen (Art. 101 Abs. 1 ZDG) nicht eingehalten und daher Bst. 63a Abs. 2 Ziff. 10 BankG bzw. Art. 110 Abs. 2 Bst. a Ziff. 1 ZDG verletzt hatte. Überdies erfüllte die Bank den Tatbestand nach Art. 31 Art. 1 Bst. e SPG, weil sie es in einer früheren Beziehung unterlassen hatte, ein Geschäftsprofil gesetzeskonform zu erstellen. Die X Bank AG erklärte sich vollumfänglich geständig. In Abwägung der Strafzumessungsgründe und unter Berücksichtigung des Schuld- und Unrechtsgehalts der begangenen Übertretung erschien der FMA bei einem Strafrahmen von bis zu CHF 200 000 eine Bestrafung in Form einer Busse von CHF 20 000 schuld- und tatangemessen sowie in general- und spezialpräventiver Hinsicht auch als ausreichend.

²¹ In einem weiteren Betrugsfall hatte es die X Bank AG unterlassen, mit E-Mail erteilte Zahlungsaufträge sorgfältig sowie in Beachtung der früheren Kontrollpraxis bei der in Frage stehenden Kundenbeziehung zu prüfen. Die zu Schaden führenden Zahlungen wurden jeweils ohne Durchführung eines Rückrufs auf eine mit dem Kunden vereinbarte Telefonnummer abgewickelt.

²² Die FMA folgerte:

«Entsprechend dem festgestellten Sachverhalt hat es die [Bank] zumindest im Zeitraum vom [...] bis zum [...] unterlassen, im Rahmen der Abwicklung des Zahlungsverkehrs bei per E-Mail erteilten Zahlungsaufträgen ihre Risiken zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen und in einem Reglement oder in internen Richtlinien zu regeln (Art. 7a Abs. 1 BankG) bzw. angemessene Risikominderungsmaßnahmen und Kontrollmechanismen zu schaffen, um operationelle und sicherheitsrelevante Risiken, die mit den von ihr erbrachten Zahlungsdiensten in einem Zusammenhang stehen, zu beherrschen und wirksame Verfahren zur Aufdeckung, Klassifizierung und Handhabung von Vorfällen einschliesslich schwerer Betriebs- und Sicherheitsvorfälle festzulegen und anzuwenden (Art. 101 Abs. 1 ZDG). Daher hat die [Bank] die Vorschriften über das Risikomanagement (Art. 7a BankG) nicht eingehalten (Art. 63a Abs. 2 Ziff. 10 BankG) bzw. ihre Pflichten zur Implementierung von Risikominderungsmaßnahmen oder Kontrollmechanismen nach Art. 101 Abs. 1 ZDG verletzt (Art. 110 Abs. 2 Bst. a Ziff. 1 ZDG).»

²³ Der Tatbestand nach Art. 63a Abs. 2 Ziff. 10 und Abs. 4 BankG sowie Art. 110 Abs. 2 Bst. a Ziff. 1 und Abs. 5 ZDG war folglich sowohl objektiv als auch subjektiv erfüllt. Die FMA verhängte eine Busse in der Höhe von CHF 10 000.

Anmerkung der FMA

²⁴ Diese Entscheide sind für die FMA von besonderer Bedeutung, da die FMA mehrere verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen wegen Mängeln im Risikomanagement im Bereich des Zahlungsverkehrs nach Art. 7a Abs. 1 BankG und Art. 110 Abs. 2 Bst. a Ziff. 1 ZDG hinsichtlich der von der FMA festgestellten Übertretungen nach Art. 63a Abs. 2 Ziff. 10 und Abs. 4 BankG und Art. 110 Abs. 2 Bst. a Ziff. 1 und Abs. 5 ZDG erlassen hat.

In den zwei Fällen haben sich die betroffenen Banken vollumfänglich geständig erklärt und die Unterwerfung nach Art. 150 f. LVG beantragt. Da die Voraussetzungen für eine Unterwerfung gegeben waren, konnten die Verfahren mit Unterzeichnung der Unterwerfungserklärung abgeschlossen werden.

ASSET MANAGEMENT UND MÄRKTE

STELLEN VON BEWEISANTRÄGEN

²⁵ Im Rahmen eines ordentlichen Verwaltungsstrafverfahrens gegen einen AIFM hatte dieser ergänzende Beweisanträge gestellt. Diese betrafen entweder Unterlagen, die bereits Eingang in den Akt gefunden hatten, oder irrelevante Sachverhalte oder Drittpersonen, die nicht Partei des Verfahrens waren. Die FMA wies die Anträge mittels einfachem Schreiben als unzulässig zurück und verlangte überdies ergänzende Ausführungen zu einzelnen Sachverhaltselementen. Allgemein führte die FMA zu den Beweisanträgen aus:

²⁶ *«In einem Beweisantrag sind Beweisthema, Beweismittel und jene Informationen, die für die Durchführung der Beweisaufnahme erforderlich sind, zu bezeichnen. Soweit dies nicht offensichtlich ist, ist zu begründen, weswegen das Beweismittel geeignet sein könnte, das Beweisthema zu klären. Die pauschale Bezeichnung eines ganzen Aktes erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Vielmehr sind die einzelnen Bestandteile des Akts, welche als Beweismittel dienen sollen, konkret zu bezeichnen. Auch ohne Vorliegen formeller Beweisanträge ist seitens FMA auf Parteivorbringen, soweit es für die Feststellung des Sachverhalts von Bedeutung sein kann, einzugehen.»*

²⁷ Gegen das Schreiben der FMA erhob der AIFM Beschwerde bei der FMA-BK. Die Beschwerdeführerin stellte den Antrag, sämtliche Korrespondenzen und Aktenstücke betreffend eine andere Gesellschaft formell beizuziehen. Die FMA-BK wies die Beschwerde zurück.

²⁸ Zu Entscheiden über Beweisanträge und das Recht auf Akteneinsicht hielt die FMA-BK fest:

«Formelle (wie hier) oder auch informelle Entscheidungen über Beweisanträge sind im Verwaltungsstrafverfahren einer gesonderten Anfechtung entzogen, son-

dern können nur – im Falle einer schuldig ererkennenden Endentscheidung (Verwaltungsstrafentscheid) – zum Gegenstand einer Beschwerde (Mängelrüge) gemacht werden.»

[...]

«Das hilfsweise gestellte Einsichtsgesuch stellt der Sache nach nichts Anderes als einen ebenfalls im Verwaltungsstrafverfahren gestellten Beweisantrag dar. Denn vor Gewährung von Einsicht müssten die Aktenbestandteile aus anderen Verfahren zum Verwaltungsstrafakt beigezogen werden (= Akt der Beweisbeschaffung), erst dann könnte Einsicht gewährt werden. Damit gilt hier dasselbe: Die Beschwerde gegen die Verweigerung ist unzulässig.»

Anmerkung der FMA

²⁹ Im Rahmen des ordentlichen Verwaltungsstrafverfahrens wurden von der Beschwerdeführerin mehrere Beweisanträge gestellt, welche von der FMA als unzulässig mittels einfachem Schreiben zurückgewiesen wurden.

Die Beschwerdeführerin beantragte hinsichtlich Zurückweisung der Beweisanträge den Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Nachdem die FMA keine unverzügliche Information darüber, ob eine anfechtbare Verfügung erstellt wird, gegeben hat, wurde seitens Beschwerdeführerin Beschwerde bei der FMA-BK erhoben.

Die FMA-BK folgte der bisherigen Rechtsprechung und wies die Beschwerde zurück, da prozessleitende Verfügungen nicht separat, sondern im Rahmen der Endverfügung anzufechten sind.

EINSETZUNG EINES BEOBACHTERS NACH UCITSG UND AIFMG

³⁰ Mit vorläufigem Verwaltungsbots (einstweilige Verfügung) setzte die FMA mit sofortiger Wirkung gemäss Art. 129 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 129a Abs. 1 Bst. b UCITSG und gemäss Art. 157 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 158 Abs. 1 Bst. b AIFMG sowie Art. 48 Abs. 3 und Art. 116 Abs. 3 Bst. a LVG die Y AG als Beobachterin bei der X AG, einer Verwaltungsgesellschaft nach UCITSG und eines AIFM nach AIFMG, ein. Der Beobachterin wurden in der Verfügung insbesondere folgende Aufgaben auferlegt:

³¹ «2.1. Teilnahme an Sitzungen der Geschäftsleitung, des Verwaltungsrats (inkl. Austauschsitzen, wie etwa die wöchentliche Besprechung zwischen der [X und der Z], den Besprechungen zwischen dem Verwaltungsrat, dem Beirat, der Geschäftsleitung (bzw. einzelner Mitglieder dieser Organe) sowie Teilnahme bei den Besprechungen des Anlagekomitees, der Besprechungen mit der Internen und externen Revision und an ordentlichen und ausserordentlichen Generalversammlungen:

- a) Die Beobachterin hat physisch an den Sitzungen teilzunehmen (eine virtuelle Teilnahme ist nur in Ausnahmefällen möglich).
- b) Die Beobachterin hat die Sitzungsunterlagen für die Sitzungen zu sichten.
- c) Die Beobachterin hat die internen Protokolle der Sitzungen auf Vollständigkeit zu sichten.
- d) Die Beobachterin hat insbesondere die internen Besprechungen innerhalb von Geschäftsleitungs- und Verwaltungsratssitzungen zu Anlageentscheiden ab Einsetzung der Beobachterin zu beobachten.

- e) Die Beobachterin hat sämtliche Geschäftskorrespondenz (inkl. E-Mails) zweimal wöchentlich zu sichten.

2.2. Berichterstattung der relevanten Informationen an die FMA:

- a) Periodische (wöchentliche) und anlassbezogene Berichterstattung der Feststellungen durch die oben genannten Tätigkeiten (insbesondere auch in Bezug auf die personelle Ausstattung wesentlicher Funktionen).
- b) Mitschrift der Beobachterin zu den Sitzungen (Ziff. 2.1).
- c) Allfällige Entwicklungen, die nach dem Ermessen der Beobachterin von hoher Signifikanz zur Beurteilung der Stabilität der [X] sind oder erhöhte Risiken für die [X] und/oder deren Anleger bergen könnten, sind der FMA unverzüglich anzuzeigen.
- d) Anordnung, dass die Beobachterin der FMA zum Ende ihrer Abordnung aktuelle Entwicklungen/ Beobachtungen in der [X] aufzeigt.»

³² Der X AG wurde aufgetragen, der Beobachterin Einsicht in sämtliche Unterlagen (einschliesslich E-Mail-Verkehr) sowie Zugang zu allen Sitzungen mit Besprechungen zu gewähren und alle Auskünfte und Informationen zu erteilen, welche die Beobachterin für ihre Tätigkeit benötigt. Die Verfügungsadressatin wurde zur Tragung der Kosten der Beobachterin verpflichtet. Die Anordnungen der FMA sollten zunächst bis zur Feststellung der Einhaltung der gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen gelten, längstens aber drei Monate, wobei sich die FMA vorbehielt, diese Frist gegebenenfalls zu verlängern und weitere Massnahmen zu treffen.

³³ Im Berichtsjahr gingen vor der Einsetzung der Beobachterin Erhebungen der FMA in Bezug auf eine Überprüfung des Vorliegens der Bewilligungsvoraussetzungen voraus. Hingewiesen wurde von der FMA vor allem auf eine mangelhafte Organisation (Verwaltungsrat, Geschäftsleitung) und das Fehlen einer gesetzeskonformen Compliance. Mit Schreiben verpflichtete die FMA die X zur Aufstockung der Geschäftsführung sowie zur Einstellung einer weiteren, persönlich und fachlich geeigneten Person, die die im AIFMG und im UCITSG normierten Bedingungen erfüllt. Gleichfalls wurde aufgetragen sicherzustellen, dass eine von der operativen Tätigkeit unabhängige und permanent arbeitende Compliance-Funktion eingerichtet und der FMA unverzüglich nachgewiesen werde (Art. 53 UCITSV). Da die von der X AG getroffenen Massnahmen nicht zielführend waren, eröffnete die FMA gestützt auf das FMAG und Art. 157 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a und b AIFMG sowie Art. 129 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a und b UCITSG ein ordentliches Verwaltungsverfahren gegen die X AG zur Feststellung, ob die Gesellschaft noch die gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen einhält. Gleichzeitig wurde über die beabsichtigte Einsetzung eines Beobachters informiert.

³⁴ In der Folge führte die FMA bei der X AG eine unangekündigte Überprüfung vor Ort durch. Dabei musste sie aufgrund nicht schlüssiger Befragungen und der Sichtung von Dokumenten (Arbeitsverträge, Lohnausweise u. a.) feststellen, dass die Personalsituation ungenügend war und daher Umstände vorlagen, die eine Gefährdung der in die Fonds investierenden Anleger erscheinen liessen.

³⁵ Nach eingehender Beweiswürdigung verfügte die FMA die Einsetzung der Y AG als Beobachterin. Formell zuständig zum Erlass des vorläufigen Verwaltungsbots ist die FMA gestützt auf Art. 48 Abs. 3 LVG. In materieller Hinsicht gelangte die FMA zum Ergebnis,

dass die gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen nicht eingehalten waren. Es war daher ein Beobachter einzusetzen:

³⁶ *«Liegen Umstände vor, die den Schutz der Anleger, den Ruf des Finanzplatzes Liechtenstein oder die Stabilität des Finanzsystems als gefährdet erscheinen lassen, kann die FMA insbesondere ohne Mahnung und Fristsetzung gemäss Art. 129a Abs. 1 Bst. b UCITSG und Art. 158 Abs. 1 Bst. b AIFMG einen Beobachter einsetzen, der Informationen für die FMA erhebt und dem alle Geschäftsvorfälle zu berichten sind. Der Beobachter überwacht die Tätigkeit der leitenden Organe, insbesondere die Durchführung der angeordneten Massnahmen, und erstattet der FMA laufend Bericht. Der Beobachter genießt ein uneingeschränktes Recht zur Einsicht in die Geschäftstätigkeit und die Bücher und Akten der [X].»*

³⁷ Zur Verhältnismässigkeit der Verfügung führte die FMA aus:

«Die angeordneten Massnahmen nach den Spruchpunkten 1. und 2. sind geeignet, um die Anleger zu schützen. Durch die Einsetzung der Beobachterin wird der FMA auf Basis der Berichte der Beobachterin eine engere Aufsicht ermöglicht. Die Beobachterin wird unmittelbare Wahrnehmungen der Sachlage erhalten und der FMA Bericht erstatten. Dies umfasst eine ad-hoc-Berichterstattung bei allfälligen Entwicklungen, die erhöhte Risiken für die [X] und die Anleger, die in der von der [X] verwalteten Fonds investiert sind, bergen können. Durch die Beobachterin erhält die FMA Kenntnis von derartigen Entwicklungen und kann rasch durch Erlass von Massnahmen reagieren.

Die angeordneten Massnahmen nach den Spruchpunkten 1. und 2. sind auf Grund der Umstände, konkret die personellen Änderungen und die Gesetzesverletzungen bei der [X] auch erforderlich. Bei gegenwärtiger

Sachlage ist nicht sichergestellt, dass die FMA Kenntnis von Missständen bei der [X] erlangt. Der Erlass von Massnahmen durch die FMA, welche im Interesse der Anleger liegen, erfordert die (zeitgerechte) Kenntniserlangung durch die FMA.

Im vorliegenden Fall gibt es kein gelinderes Mittel, da nur durch Einsetzung einer Beobachterin sichergestellt ist, dass die FMA über den wahren Sachverhalt und Veränderungen informiert bleibt. Es liegt in der Natur der Sache, dass die FMA ihrer Aufsichtstätigkeit nicht ordnungsgemäss nachkommen kann, wenn sie in der aktuellen Situation der [X] auf die Informationen, welche diese von den handelnden Personen der [X] erhält, angewiesen wäre.

Die angeordnete Massnahme ist daher zur Vorbeugung einer Anlegergefährdung geeignet und mangels gelinderer Mittel erforderlich.»

³⁸ Alsdann entzieht die FMA zur Wahrung der auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen einem etwaigen Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung. Dazu hält die FMA in grundsätzlicher Hinsicht fest:

«Nach der Rechtsprechung der FMA-BK sind Entscheidungen, welche Eil- und Notmassnahmen darstellen, die regelmässig keinen Aufschub dulden, die sofortige Wirksamkeit ohnedies immanent (FMA-BK vom 3. Oktober 2019 zu FMA-BK 2019/21, Punkt 6.9, S. 82). Es ist vorläufigen Verwaltungsboten (einstweiligen Verfügungen) immanent, dass sie sofort wirksam zu sein haben. Sie werden nämlich, wie sich Art. 48 Abs. 3 LVG entnehmen lässt, zur vorläufigen Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Zustandes oder zur Abwendung eines drohenden erheblichen Nachteils erlassen (vgl. Art. 115 Abs. 3, 116 Abs. 3 Bst. a LVG) (FMA-BK vom 18.

März 2021 zu FMA-BK 2021/3, S. 46 und S. 47). Sohin muss die vorsorgliche Massnahme zum Zwecke des Anlegerschutzes unabhängig von der Ergreifung eines Rechtsmittels durch die [X] sofort wirksam sein. Einem Rechtsmittel gegen das vorläufige Verwaltungsbot ist daher die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Auch der unionsrechtliche Regelungszusammenhang ist dabei zu beachten, welcher unter Umständen ein rasches Tätigwerden der nationalen Finanzmarktaufsichtsbehörde – im Rahmen des sowohl Unionsorgane als auch nationale Organe umfassenden Aufsichtsmechanismus – gebieten kann (vgl. öVfGH 02.03.2018, G 257/2017, Nr. 2.3.1.). Die Tatsache, dass eine Anlegergefährdung droht, rechtfertigt jedenfalls den Entzug der aufschiebenden Wirkung. Ohne den Entzug der aufschiebenden Wirkung wäre die Massnahme bei allfälliger Rechtsmittelerhebung unwirksam und sinnlos.»

Anmerkung der FMA

³⁹ In diesem Fall setzte die FMA mittels einstweiliger Verfügung eine Beobachterin gemäss Art. 129a Abs. 1 Bst. b UCITSG und Art. 158 Abs. 1 Bst. b AIFMG ein. Diese Verfügung ist unbekämpft geblieben.

Die FMA stellte aufgrund diverser personeller Änderungen der Verwaltungsgesellschaft / des AIFM Mängel sowie Gesetzesverletzungen in der Organisation fest, aufgrund derer die Einsetzung einer Beobachterin erforderlich und geeignet war, um eine engere Aufsicht der FMA zum Schutz der Anleger zu ermöglichen. Es gab im gegenständlichen Fall kein gelinderes Mittel, da nur durch die Einsetzung eines Beobachters sichergestellt wurde, dass die FMA über den wahren Sachverhalt und Veränderungen informiert bleibt. Aufgrund der festgestellten Gesetzesverletzungen waren die Kosten von der X AG zu tragen.

VERSICHERUNGEN UND VORSORGE-EINRICHTUNGEN

ERWERB EINER QUALIFIZIERTEN BETEILIGUNG AN EINEM VER- SICHERUNGSUNTERNEHMEN

⁴⁰ Die FMA hatte den beabsichtigten Erwerb sämtlicher Anteile an der Z AG, einem liechtensteinischen Versicherungsunternehmen, durch die interessierte Erwerberin A Ltd. mit Sitz in einem Drittstaat, vertreten und indirekt gehalten durch die natürliche Person C, zu beurteilen. Die FMA erhob innerhalb des gesetzlichen Beurteilungszeitraums Einspruch gemäss Art. 93 Abs. 5 und Art. 94 Abs. 2 VersAG gegen den beabsichtigten Erwerb. Für die Beurteilung des beabsichtigten Erwerbs wurde gestützt auf das FMAG eine Gebühr in Höhe von CHF 30 000 zu Lasten der interessierten Erwerberin fällig. Dem Entscheid der FMA war ein umfangreiches Verfahren vorausgegangen, in welchem die FMA mehrfach ergänzende Informationen und Unterlagen anforderte und ein ausführliches persönliches Gespräch mit C zu den Gründen für den beabsichtigten Erwerb sowie zu grundlegenden strategischen Aspekten der Geschäftstätigkeit der Z AG, insbesondere zu den Themen Geschäftsplan, Produkte, Zielmärkte und Vertriebsstrukturen, künftige Positionierung des Versicherungsunternehmens, Nachhaltigkeit, geplante Dividendenpolitik und Erwartungen zum künftigen Ertrag sowie künftige Vergütungs- und Ausgliederungspolitik, führte.

⁴¹ Zu den rechtlichen Rahmenbedingungen führte die FMA aus, dass das VersAG hohe Anforderungen an interessierte Erwerber einer qualifizierten Beteiligung an einem liechtensteinischen Versicherungsunternehmen stellt:

⁴² «Gemäss Art. 94 Abs. 1 VersAG hat die FMA im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Versicherungsunternehmens, an dem ein Erwerb beabsichtigt wird, und unter Berücksichtigung des voraussichtlichen Einflusses des interessierten Erwer-

bers auf das Versicherungsunternehmen die Eignung des interessierten Erwerbers und die finanzielle Solidität des beabsichtigten Erwerbs auf folgende Kriterien zu prüfen:

- a) *die persönliche Integrität des interessierten Erwerbers;*
- b) *die persönliche Integrität und die Erfahrung einer jeden Person, die infolge des beabsichtigten Erwerbs das Versicherungsunternehmen leiten wird;*
- c) *die finanzielle Solidität des interessierten Erwerbers, insbesondere hinsichtlich der Art der tatsächlichen und geplanten Geschäfte des Versicherungsunternehmens, an dem der Erwerb beabsichtigt wird;*
- d) *die Tatsache, ob:*
 - 1. *das Versicherungsunternehmen in der Lage sein und bleiben wird, den relevanten Aufsichtsanforderungen zu genügen; und*
 - 2. *die Gruppe, zu der das Versicherungsunternehmen aufgrund des Erwerbs gehören wird, derart strukturiert ist, dass eine wirksame Aufsicht, eine vernünftige Aufteilung der Zuständigkeit sowie ein wirksamer Austausch von Informationen zwischen der FMA und den sonst zuständigen Behörden möglich sind;*
- e) *die Tatsache, ob ein hinreichender Verdacht besteht, dass im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Erwerb Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung stattfinden oder stattgefunden haben oder ob diese Straftaten versucht wurden oder ob der beabsichtigte Erwerb das Risiko eines solchen Verhaltens erhöhen könnte.*

⁴³ Die in Art. 94 Abs. 1 erster Satz VersAG vorgesehene, grundlegende Voraussetzung der Eignung des interessierten Erwerbers umfasst mit Blick auf das für die Beurteilung massgebliche Interesse an einer soliden und umsichtigen Führung des Versicherungsunternehmens (vgl. auch Art. 34 VersAG), den von der FMA zu berücksichtigenden voraussichtlichen Einfluss des interessierten Erwerbers auf das Versicherungsunternehmen und die in Art. 94 Abs. 1 VersAG angeführten Kriterien nicht nur persönliche, sondern auch fachliche Elemente. Freilich sind an einen interessierten Erwerber eines Versicherungsunternehmens nicht dieselben fachlichen Anforderungen wie an ein Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung oder einen Schlüsselfunktionsinhaber eines Versicherungsunternehmens zu stellen, aber auch ein interessierter Erwerber – insbesondere wenn dieser beabsichtigt, sämtliche Anteile an einem Versicherungsunternehmen zu erwerben – muss Kenntnisse von den rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für liechtensteinerische Versicherungsunternehmen haben. Einem Erwerber sämtlicher Anteile an einem Versicherungsunternehmen obliegt allein die strategische Ausrichtung des Versicherungsunternehmens. In dieser Ausgangslage ist es nicht ausreichend, wenn sich der interessierte Erwerber in sämtlichen Fragen ausschliesslich auf Berater oder Experten verlässt. Andernfalls wäre die gesetzlich geforderte Eignung in fachlicher Hinsicht jedem beliebigen interessierten Erwerber zuzuerkennen, sofern dieser bereit ist, die entsprechenden Berater- und Expertenonorare aufzubringen. Eine solche Abhängigkeit wäre darüber hinaus auch nicht mit dem im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung eines Versicherungsunternehmens zu stellenden Ansprüchen an den alleinigen Aktionär eines Versicherungsunternehmens vereinbar [...].

⁴⁴ Gemäss Art. 94 Abs. 1 Bst. a VersAG hat die FMA die persönliche Integrität des interessierten Erwerbers zu prüfen. Nach den auch für die Beurteilung eines beabsichtigten Erwerbs einer qualifizierten Beteiligung an einem Versicherungsunternehmen anzuwendenden

und gemäss Art. 4 FMAG und Art. 179 VersAG von der FMA umzusetzenden Joint Guidelines on the prudential assessment of acquisitions and increases of qualifying holdings in the financial sector der europäischen Aufsichtsbehörden EIOPA, EBA und ESMA vom 20. Dezember 2016 (JC/GL/2016/01) umfasst auch das Kriterium des Art. 94 Abs. 1 Bst. a VersAG, welches in der englischen Fassung des massgeblichen Art. 59 Abs. 1 Bst. a Solvabilität II mit dem Begriff ‚reputation‘ umschrieben wird, nicht nur die Integrität, sondern auch die fachliche Kompetenz des interessierten Erwerbers. Ausreichende fachliche Kompetenz ist anzunehmen, wenn der interessierte Erwerber bereits von einer anderen zuständigen Aufsichtsbehörde im EWR als Erwerber einer qualifizierten Beteiligung an einem Finanzinstitut genehmigt wurde oder als natürliche Person bereits die Geschäftstätigkeit eines Finanzinstituts leitet, welches von einer zuständigen Aufsichtsbehörde im EWR beaufsichtigt wird, oder der interessierte Erwerber selbst ein von einer zuständigen Aufsichtsbehörde im EWR beaufsichtigtes Finanzinstitut ist. Diese Annahme steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass keine neuen Sachverhalte auftreten, welche die fachliche Kompetenz des interessierten Erwerbers in Zweifel ziehen (JC/GL/2016/01, Kapitel 3, Ziffer 10.1 ff.). Die fachliche Kompetenz des interessierten Erwerbers umfasst nach den JC/GL/2016/01 sowohl seine Managementkompetenz als auch seine technische Kompetenz im Bereich der Geschäftstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens (JC/GL/2016/01, Kapitel 3, Ziffer 10.23 ff.). Im Fall eines blossen Finanzinvestments mit geringem Einfluss auf das zu erwerbende Unternehmen können reduzierte Anforderungen an die fachliche Kompetenz gestellt werden, nicht jedoch im Fall des beabsichtigten Erwerbs einer kontrollierenden Beteiligung. In diesem Fall sind gesteigerte Anforderungen an die technische Kompetenz zu stellen, zumal der Erwerber einer kontrollierenden Beteiligung den Geschäftsplan und die Strategie des Finanzinstituts definieren oder genehmigen kann (JC/GL/2016/01, Kapitel 3, Ziffern 10.28, 10.29).»

⁴⁵ Aufgrund der Ergebnisse des geführten Verfahrens gelangte die FMA zu dem Schluss, dass die interessierte Erwerberin die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt, insbesondere weil ihr die notwendige Eignung fehlte:

⁴⁶ «Die Prüfung der Eignung und persönlichen Integrität von [C] gemäss Art. 94 Abs. 1 erster Satz, Art. 94 Abs. 1 Bst. a VersAG, JC/GL/2016/01, Kapitel 3, Ziffer 10, hat ergeben, dass [C] diese gesetzliche Anforderung nicht erfüllt. [...] Im Gespräch mit der FMA am 2. Dezember 2022 konnte [C] keine der Fragen der FMA zu ihrer strategischen Perspektive zu den angesprochenen Themen und Fragestellungen (Geschäftsplan, Produkte, Zielmärkte und Vertriebsstrukturen, künftige Positionierung der Gesellschaft zum Thema Nachhaltigkeit, geplante Dividendenpolitik, Erwartungen zum künftigen Ertrag aus der Gesellschaft, künftige Vergütungs- und Ausgliederungspolitik) selbständig angemessen beantworten. Es zeigte sich, dass [C] selbst keinerlei Kenntnisse oder Vorstellungen von den rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für liechtensteinische Versicherungsunternehmen hat. Auch wenn [C] in ihrer Stellungnahme vom 10. Dezember 2022 ausführt, dass ihre Gründe für den beabsichtigten Erwerb der Gesellschaft in der Diversifikation ihrer Investitionen lägen, würde ihr nach einem Erwerb sämtlicher Anteile an der Gesellschaft die alleinige strategische Ausrichtung der Gesellschaft obliegen. Diese Verantwortung kann nicht vollständig an Berater und Experten ausgelagert werden, vielmehr sind in diesem Fall sogar noch gesteigerte Anforderungen an die technische Kompetenz zu stellen (JC/GL/2016/01, Kapitel 3, Ziffern 10.28, 10.29). Wenn [C] in ihrer Stellungnahme vom 10. Dezember 2022 weiter ausführt, dass sie auf die Fragen der FMA nicht vorbereitet gewesen sei, und dass sie es nicht als erforderlich ansehe, in Sekundenbruchteilen Strategien für die künftige Geschäftstätigkeit der Gesellschaft zu entwickeln, so ist dazu festzuhalten, dass die FMA durchaus erwarten konnte, dass sich [C] bereits vor dem Gespräch mit der FMA am 2. Dezember 2022 Gedanken

zur Geschäftstätigkeit der Gesellschaft und den wesentlichen rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen gemacht hat.»

⁴⁷ Zum Einspruch nach Art. 93 Abs. 5 und Art. 94 Abs. 2 VersAG gegen den beabsichtigten Erwerb hielt die FMA fest:

«Gemäss Art. 94 Abs. 2 VersAG kann die FMA Einspruch gegen den beabsichtigten Erwerb erheben, wenn es auf der Grundlage der Kriterien nach Art. 94 Abs. 1 VersAG vernünftige Gründe dafür gibt oder die vom interessierten Erwerber vorgelegten Informationen oder Unterlagen unvollständig sind. Die Ermächtigung der FMA (,kann') stellt freilich effektiv eine Verpflichtung der FMA zur Erhebung eines Einspruchs gegen einen beabsichtigten Erwerb dar, wenn auch nur eines der Kriterien nach Art. 94 Abs. 1 VersAG nicht erfüllt ist (vgl. Art. 59 Abs. 1 Solvabilität II: ,auf sämtliche folgenden Kriterien'). Für den Fall, dass die FMA gegen den Erwerb Einspruch erhebt, teilt sie dies dem interessierten Erwerber gemäss Art. 93 Abs. 5 VersAG innerhalb von zwei Tagen nach Abschluss der Beurteilung, in jedem Fall jedoch innerhalb des Beurteilungszeitraums, unter Angabe der Gründe schriftlich mit.»

⁴⁸ Zur Verhältnismässigkeit des Einspruchs führte die FMA schliesslich aus:

«In einer Gesamtwürdigung ist festzuhalten, dass der Einspruch der FMA gemäss Art. 93 Abs. 5, Art. 94 Abs. 2 VersAG gegen den beabsichtigten Erwerb sämtlicher Anteile an der Gesellschaft durch die interessierte Erwerberin zur Wahrung der Belange der Gesellschaft und ihrer Versicherten sowie zum Schutz der Reputation und der Stabilität des Finanzmarktes Liechtensteins notwendig war, somit auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, einem legitimen Zweck dient, geeignet und erforderlich ist und damit vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip standhält.»

⁴⁹ Gegen die Verfügung der FMA erhob die A Ltd. Beschwerde an die FMA-BK. Die FMA-BK sah sich veranlasst, den EFTA-Gerichtshof gemäss Art. 34 ÜGA um Gutachtenserstattung zu ersuchen. Die FMA-BK erkundigte sich insbesondere nach der Auslegung der Begriffe «Eignung» und «Zuverlässigkeit» im Sinne von Art. 59 Abs. 1 Bst. a der Richtlinie 2009/138/EG (Solvabilität II), nach der Auslegung des Begriffs «vernünftige Gründe» im Sinne von Art. 59 Abs. 2 der genannten Richtlinie sowie nach der Bindungswirkung von Leitlinien der Europäischen Aufsichtsbehörden gegenüber den Gerichten der Mitgliedstaaten.

⁵⁰ Der EFTA-Gerichtshof erachtete das Ersuchen als zulässig. Ein solches trage zur Gewährleistung einer einheitlichen Auslegung des EWR-Rechts und zur Unterstützung der Gerichte der EFTA-Staaten in Rechtssachen bei, in denen die Anwendung von Bestimmungen des EWR-Rechts erforderlich ist.

⁵¹ Auf Grundlage einer eingehenden Befassung mit der Entstehungsgeschichte der massgeblichen Richtlinienbestimmungen beantwortete der EFTA-Gerichtshof die Vorlagefragen der FMA-BK wie folgt:

⁵² *«Der Begriff ‚Zuverlässigkeit‘ in Artikel 59 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 2009/138/EG betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) ist so auszulegen, dass damit die Integrität und die fachliche Eignung eines interessierten Erwerbers gemeint sind.*

[...]

⁵³ *Der Begriff ‚vernünftige Gründe‘ in Artikel 59 Absatz 2 der Richtlinie 2009/138/EG ist so auszulegen, dass er keine Gewissheit der Nichterfüllung der Anforderungen des Artikels 59 Absatz 1 dieser Richtlinie erfordert.*

⁵⁴ *Eine von einer zuständigen Behörde gemäss Artikel 16 Absatz 3 der Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Euro-*

päische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung) abgegebene Erklärung, alle erforderlichen Anstrengungen zu unternehmen, um Leitlinien nachzukommen, entfaltet keine Bindungswirkung gegenüber den Gerichten eines EWR-Staats. Allerdings müssen die Gerichte eines EWR-Staats solche Leitlinien bei der Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten berücksichtigen, insbesondere dann, wenn diese Leitlinien verbindliche Vorschriften des EWR-Rechts ergänzen sollen.»

⁵⁵ Auf dieser Grundlage bestätigte die FMA-BK den Einspruch der FMA gegen den beabsichtigten Erwerb und hielt fest, dass das VersAG die Richtlinie 2009/138/EG (Solvabilität II) wortwörtlich umsetzt, wobei der in der Richtlinie verwendete Begriff «persönliche Zuverlässigkeit» durch den Begriff «persönliche Integrität» ersetzt wurde. Da die liechtensteinischen Gerichte gehalten sind, Begriffe und Bestimmungen, die – wie hier – aus dem EWR-Recht übernommen wurden, so auszulegen, wie es dem EWR-Recht entspricht, ist Art. 94 Abs. 1 Bst. a VersAG dahingehend auszulegen, dass unter dem Begriff «persönliche Integrität» sowohl die Integrität als auch die fachliche Eignung des interessierten Erwerbers zu verstehen sind.

⁵⁶ Zudem stellte die FMA-BK klar, dass der Begriff «vernünftige Gründe» im Sinne von Art. 94 Abs. 2 VersAG, der Art. 59 Abs. 2 Solvabilität II umsetzt, keine «volle Überzeugung» und auch keine «Gewissheit der Nichterfüllung» voraussetzt, um einen Einspruch gegen einen beabsichtigten Erwerb einer qualifizierten Beteiligung an einem Versicherungsunternehmen erheben zu können:

⁵⁷ *«Dazu ist ganz grundsätzlich festzuhalten, dass es zum Erheben eines Einspruchs gegen den beabsichtigten Erwerb seitens der Finanzmarktaufsicht bereits ausreicht, wenn ‚vernünftige Gründe‘ vorliegen, die dafür sprechen, dass die persönliche Integrität bei [C] – hier: das Kriterium der fachlichen Eignung – nicht vorliegt. Massgeblich ist hier vor allem, wie es in Art 94 Abs*

1 VersAG und in Art 59 Abs 1 der erwähnten Richtlinie heisst, dass der voraussichtliche Einfluss des interessierten Erwerbers auf das Versicherungsunternehmen (gebührend) berücksichtigt wird. Dieser Einfluss ist vorliegend eklatant, ist doch [C] als Alleinaktionärin und alleinige Geschäftsführerin diejenige Person, die zugleich auch das alleinige Sagen hat. [...] Von jemandem, der über derart weitreichende Kompetenzen verfügt und salopp gesagt ‚jederzeit alles bestimmen‘ kann (natürlich nicht gegen zwingende Vorgaben der FMA), von demjenigen ist zu erwarten, dass er nicht nur über minimale fachliche Kenntnisse verfügt, so wie es die Finanzmarktaufsicht zutreffend ausführt, sondern über ‚Kenntnisse von den rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für liechtensteinische Versicherungsunternehmen‘ [...]. Davon könnte nur Abstand genommen werden, wenn es sich um ein blosses Finanzinvestment mit geringem Einfluss auf das zu erwerbende Unternehmen handelt, was jedoch nicht bei einer kontrollierenden Beteiligung gilt.»

⁵⁸ Die FMA-BK nahm sodann Bezug auf das Protokoll der FMA zu ihrem persönlichen Gespräch mit C und teilte die Schlussfolgerungen der FMA:

«Aus diesem Protokoll geht deutlich hervor, dass [C] eben nicht über Kenntnisse der rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für liechtensteinische Versicherungsunternehmen verfügt. Es ist tatsächlich so, wie die Finanzmarktaufsicht schreibt, dass für den Fall, dass es zulässig wäre, dass sich jemand eines Stabs von Beratern bedient, praktisch jedermann Alleinaktionär eines Versicherungsunternehmens sein könnte, denn dann könnte diese Person (ohne eigene fachliche Kenntnisse) sich ja immer auf das Ergebnis verlassen, das ihr vom Stab an Beratern präsentiert wird. Dies ist jedoch nicht die ratio legis, werden doch vom Erwerber (hier: vom Alleinaktionär) entsprechende fachliche Kenntnis verlangt. Dass sich die Finanzmarktaufsicht im Rahmen eines persönlichen Gespräches über die (nicht vorhandenen) fachlichen Kenntnisse von [C] vergewissert hat, ist keineswegs zu beanstan-

den. Denn es sind zweierlei Dinge, der persönliche Auftritt einer Person und deren spontane Antworten auf an sie gestellte Fragen oder das, was von Rechtsanwälten in ihrem Namen geschrieben wird. Natürlich darf sich [C] von Rechtsanwälten vertreten lassen, doch stellen ihre Angaben der Sache nach diejenigen einer Parteieneinvernahme dar. Hier ist es auch nicht zulässig, dass anstelle der einzuvernehmenden Person ihr Rechtsfreund antwortet. Dem Beschwerdevorbringen [...] zuwider, war es richtig, [C] nicht zu gestatten, sich vor Beantwortung von Fragen mit ihren Beratern zu besprechen (dies wäre nach liechtensteinischem Prozessrecht nicht einmal einem Angeklagten eines Strafverfahrens gestattet, und zwar nicht einmal dann, wenn ihm ein schwerstes Verbrechen zur Last gelegt wird – vgl. § 193 Abs 3 letzter Teilsatz StPO –, wohingegen es [sich] hier ja «nur» um ein Administrativverfahren handelt), denn dies hätte den persönlichen Eindruck und die Beurteilung ihres persönlichen Wissensstands (und nur darauf kommt es an) verfälscht [...], die Finanzmarktaufsicht kam ihrer ureigensten Aufgabe, nämlich dem gesetzkonformen Vollzug des VersAG und damit dem Schutz der Versicherten vor Missbräuchen sowie der Sicherung des Vertrauens in den liechtensteinischen Versicherungs- und Finanzplatz (Art 1 Abs 2 VersAG) vollumfänglich nach. Das Vorgehen der Finanzmarktaufsicht ist somit nicht zu beanstanden. [...] Dass [C] in der Folge im Wege ihrer Rechtsfreunde schriftliche Stellungnahmen einreichte, in welchen sie – sprechend eben durch diese Rechtsfreunde – entsprechende Erklärungen abliefern liess, ändert nichts daran, dass es um sie persönlich und um ihre persönliche fachliche Befähigung geht, und diese war eben nicht ausreichend vorhanden, wobei es hier, wie erwähnt, genügt, dass bereits vernünftige Gründe gegen die Annahme sprechen, dass sie fachlich qualifiziert ist. Dies ist hier der Fall, und es ist auch die Begründung der angefochtenen Verfügung, nämlich dass vor allem auf die persönliche Besprechung vom 02.12.2022 abgestellt wurde, nicht zu beanstanden, womit auch die Begründungsrüge erledigt ist.»

⁵⁹ Abschliessend äussert sich die FMA-BK zur Frage der Verhältnismässigkeit:

«'Gelindere Mittel', wie es die Beschwerdeführerin meint, stehen nicht zur Verfügung. Insbesondere kann es nicht angehen, für einen gewissen Zeitraum ,aufsichtsrechtliche Defizite' [...] hinzunehmen, d.h. einen nicht gesetzeskonformen Zustand zu tolerieren. Damit würde die Finanzmarktaufsicht den ihr vom Gesetz erteilten Auftrag geradezu konterkarieren.»

Anmerkung der FMA

⁶⁰ Dieser Entscheid ist für die FMA von besonderer Relevanz, da – auf Grundlage eines entsprechenden Gutachtens des EFTA-Gerichtshofs und soweit ersichtlich erstmals im europäischen Rechtsraum – gerichtlich klargestellt wurde, dass ein interessierter Erwerber einer qualifizierten Beteiligung an einem Finanzinstitut (hier: einem Versicherungsunternehmen) nicht nur über persönliche Integrität, sondern auch über fachliche Kompetenz verfügen muss.

Zudem wurde klargestellt, dass ein Einspruch der zuständigen Aufsichtsbehörde gegen einen beabsichtigten Erwerb einer qualifizierten Beteiligung an einem Finanzinstitut (hier: einem Versicherungsunternehmen) keine Gewissheit über das Fehlen der notwendigen persönlichen Integrität oder fachlichen Qualifikation voraussetzt.

Schliesslich wurde – ebenfalls auf Grundlage des genannten Gutachtens des EFTA-Gerichtshofs sowie bereits zuvor ergangener Rechtsprechung des EuGH – geklärt, dass Leitlinien der Europäischen Aufsichtsbehörden auch von den Gerichten der EWR-Staaten zu berücksichtigen sind, insbesondere wenn sie verbindliche Vorschriften des EWR-Rechts ergänzen sollen.

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

NACHFORDERUNG VON AUF SICHTSABGABEN

⁶¹ Die XY AG ist eine in Liechtenstein ansässige und im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft, welche berufsmässig im Handel und im Bereich der Verwahrung von fremden Vermögenswerten (Edelmetallen) tätig ist.

⁶² Mit LGBl. 305/2020 vom 27. Oktober 2020 erfolgte eine Abänderung des SPG, wonach Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte verwahren sowie Räumlichkeiten und Behältnisse zur Wertaufbewahrung vermieten, als Sorgfaltspflichtige in das SPG eingefügt wurden.

⁶³ Die XY AG wehrte sich gegen eine Unterstellung unter das SPG. Darauf stellte die FMA mit Verfügung fest, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. v SPG erfüllt seien und die XY AG entsprechend dem SPG untersteht. Die FMA-BK stützte die Entscheidung der FMA zur Gänze und wies eine dagegen erhobene Beschwerde ab. (Über die Entscheide von FMA und FMA-BK wird in der FMA-Praxis 2023, S. 40 ff., berichtet.)

⁶⁴ Die XY AG ist aufgrund der rechtskräftigen Entscheidung der FMA-BK zum 1. Oktober 2021 sorgfaltspflichtig geworden und untersteht damit ab diesem Zeitpunkt der SPG-Aufsicht der FMA.

⁶⁵ Mit Schreiben der FMA wurde die XY AG zur Registrierung eines Superusers im e-Service Portal der FMA und zur Bekanntgabe der Anzahl der sorgfaltspflichtrelevanten Geschäftsbeziehungen für die Jahre 2021, 2022 und 2023 aufgefordert. Es konnte schliesslich die Anzahl der Geschäftsbeziehungen der XY AG seit Unterstellung unter das SPG eruiert werden.

⁶⁶ Mit Verwaltungsbot verfügte die FMA die Nachforderung der Aufsichtsabgabe gemäss Art. 30a Abs. 1 FMAG für die Jahre 2021, 2022 und 2023. Nach Art. 30a FMAG erhebt die FMA die Abgaben. Obwohl die

Aufnahme der Geschäftstätigkeit der XY AG nicht ordnungsgemäss gemeldet worden war, konnte die Anzahl der SPG-relevanten Geschäftsbeziehungen für jedes Geschäftsjahr ab der Unterstellung unter das SPG festgestellt werden.

⁶⁷ Da sich die Aufsichtsabgabe aus einer Grundabgabe von CHF 750 und einer Zusatzabgabe von CHF 15 pro sorgfaltspflichtrelevanter Geschäftsbeziehung berechnet, hätte dies aufgrund der Vielzahl der Geschäftsbeziehungen eine Abgabe ausgelöst, die weit über die durch Anhang 2 FMAG, Kapitel IV, Abschnitt O, Ziff. 4 angeordnete Deckelung der Aufsichtsabgabe von maximal CHF 30 000 hinausgegangen wäre. Entsprechend setzte die FMA die Aufsichtsabgabe (Grund- und Zusatzabgabe) der XY AG für die Jahre 2022 und 2023 mit der Maximalabgabe in der Höhe von CHF 30 000 fest. Für das Jahr 2021 wurde die Aufsichtsabgabe gestützt auf Art. 30a Abs. 6 FMAG ohnehin nur pro rata temporis und somit unterhalb der Deckelung von CHF 30 000 erhoben.

Anmerkung der FMA

⁶⁸ Vorgängig zu dieser Entscheidung bestätigte die FMA-BK im Rechtsmittelverfahren die Verfügung der FMA, wonach die XY AG als berufsmässige Verwahrerin von Edelmetallen seit 1. Oktober 2021 dem SPG und ab diesem Zeitpunkt folglich auch der SPG-Aufsicht der FMA untersteht (vgl. FMA-Praxis 2023, S. 40 ff.).

Basierend auf dem genannten Entscheid der FMA-BK wurden mit gegenständlichem Verwaltungsbot der FMA einem Finanzintermediär erstmalig rückwirkend Aufsichtsabgaben auferlegt. Vorliegend wurde die XY AG gestützt auf Art. 30a des FMAG verpflichtet, rückwirkend seit Beginn der Unterstellung unter die Aufsicht der FMA die Aufsichtsabgabe für die Jahre 2021 (aliquot für drei Monate), 2022 und 2023 – unter Berücksichtigung der jährlichen Maximalabgabe – zu bezahlen. Das Verwaltungsbot erwuchs in Rechtskraft.

ÜBERPRÜFUNG DER VERTRAUENS- WÜRDIGKEIT NACH WPG

⁶⁹ In diesem Fall hatten die zuständigen Instanzen FMA, FMA-BK und VGH bereits in einem früheren Verfahren aufgrund einer strafgerichtlichen Verurteilung in Österreich über die Vertrauenswürdigkeit als Bewilligungsvoraussetzung für die Tätigkeit eines Finanzintermediärs zu entscheiden; vgl. FMA-Praxis 2023, S. 35 ff., Anmerkung der FMA hiernach Rz. 93).

⁷⁰ Im Nachgang zu dem vorerwähnten Verfahren kam auch ein Strafverfahren in Liechtenstein gegen denselben Finanzintermediär zum Abschluss. Die betroffene Person XY informierte die FMA über die rechtskräftige Verurteilung im Inland und machte geltend, der relevante Sachverhalt habe schon dem früheren Strafverfahren in Österreich und dem früheren Verwaltungsverfahren der FMA zugrunde gelegen. Dem widersprach die FMA und hielt fest:

⁷¹ *«Zusammenfassend ist festzustellen, dass eine weitere rechtskräftige Verurteilung des [XY] – wenn auch zu einer Zusatzstrafe – nunmehr durch das Fürstliche Land- als Kriminalgericht wegen versuchter Untreue nach §§ 15, 153 Abs 1 und 3 erster Fall StGB und wegen des Verbrechens der Geldwäscherei nach § 165 Abs. 2 und 4 StGB zu einer auf 1 Jahr bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe von 10 Monaten vorliegt und diese Verurteilung auf einem Sachverhalt beruht, welcher der FMA in dieser Form nicht bekannt war.»*

⁷² Mit Schreiben wurde XY von der Einleitung eines Verwaltungsverfahrens zur Überprüfung der Vertrauenswürdigkeit nach Art. 6 WPG sowie (allenfalls) zur Überprüfung des Entzugs der Bewilligung nach Art. 55 Abs. 1 Bst. a WPG oder (allenfalls) zur Verhängung eines befristeten Berufsausübungsverbot nach Art. 80 Abs. 1 Bst. c WPG verständigt. Die FMA legte dar, warum es sich ihrer Ansicht nach nicht (zumindest nicht gänzlich) um denselben Sachverhalt handelte, welcher der

FMA bereits bekannt war und auf Grundlage dessen das seinerzeitige Verfahren geführt worden war. Mit ausführlichen schriftlichen Stellungnahmen, insbesondere zur Identität des Sachverhalts («res iudicata») und zur Vertrauenswürdigkeit, widersetzte sich XY dem neuerlichen Verfahren.

⁷³ Mit Verfügung stellte die FMA fest, dass XY aufgrund der Verurteilung des Fürstlichen Land- als Kriminalgerichts nicht mehr vertrauenswürdig i.S.d. Art. 6 Abs. 2 Bst. g WPG ist. In seine Erwägungen nahm die FMA auch die Würdigung des Sachverhalts durch das LG auf:

⁷⁴ *«Allgemein wurde seitens des Fürstlichen Land- als Kriminalgerichts bezüglich des Tat- und Erfolgsunwertes und des sozialen Störwertes der Taten festgestellt, dass [XY] über einen relativ langen Zeitraum strafbare Handlungen setzte, einen relevanten Vermögensschaden knapp unter der nächsten Qualifikationsgrenze herbeiführte und die Taten insbesondere auch vor dem Hintergrund seiner, ein besonderes Vertrauen in ein rechtskonformes Verhalten voraussetzenden, beruflichen Qualifikation und Tätigkeit als Treuhänder und Steuerberater beging [...].*

⁷⁵ *Mildernd wurden [XY] vom Fürstlichen Land- als Kriminalgericht die bisherige Unbescholtenheit [...], die geständige Verantwortung und der klare Beitrag zur Wahrheitsfindung, das blosse Versuchsstadium in Bezug auf den Untreuevorwurf und die Schadenswiedergutmachung infolge des Urteils des Landesgerichtes [...] [angerechnet]. Ausserdem wurde – in bedingtem Umfang – auch der Verzicht der Treuhänderbewilligung und der diesbezügliche gewichtige wirtschaftliche Nachteil als mildernd angesehen.*

⁷⁶ *Erschwerend wurde hingegen der Vorwurf mehrerer strafbarer Handlungen – sowohl derselben wie auch verschiedener Art – gewertet [...].»*

⁷⁷ In materieller Hinsicht wiederholt die FMA ihre Rechtsauffassung, wonach der Grundsatz «ne bis in idem» nicht verletzt und von einer abgeurteilten Sache nicht gesprochen werden könne. Auslöser für die Verfahrenseinleitung war eine neue zusätzliche strafgerichtliche Verurteilung durch das Gericht in Liechtenstein.

⁷⁸ Was die Prüfung der Vertrauenswürdigkeit betrifft, betont die FMA zunächst, dass diese gemäss Art. 6 WPG eine ständig einzuhaltende und immer neu zu bewertende Bewilligungsvoraussetzung darstellt.

⁷⁹ Auch wenn aufgrund des Entscheids der FMA-BK im früheren Verfahren (diese hatte damals die Ansicht der FMA, wonach die Straftaten in einem beruflichen Zusammenhang begangen wurden, nicht geteilt) die nunmehr ergangene inländische Verurteilung des Bewilligungsinhabers im Zweifel als nicht im beruflichen Zusammenhang begangen zu beurteilen ist und somit vorliegend nicht zu einem Wegfall der Vertrauenswürdigkeit ex lege führt, «kann [diese] jedoch gemäss Art. 6 Abs. 2 Bst. g WPG in Abwägung aller Umstände von der FMA als nicht gegeben beurteilt werden, wenn gegen den Bewilligungsinhaber eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Vergehens oder Verbrechens vorliegt.»

⁸⁰ Aufgrund der Schwere der Vermögensdelikte und der Erwägungen des LG erachtet die FMA die Vertrauenswürdigkeit des XY als nicht (mehr) gegeben.

⁸¹ Schliesslich wendet sich die FMA dem Entzug einer Bewilligung und der Frage gelinderer Mittel zu. Unter umfassender Würdigung des gesamten Sachverhalts, namentlich auch im Licht des Verhältnismässigkeitsprinzips, verzichtet die FMA vorliegend auf einen Bewilligungsentzug.

⁸² Die ebenfalls in grundsätzlicher Hinsicht festzuhaltenden Erwägungen formuliert die FMA wie folgt:

«Der Gesetzgeber hat den Verlust der Vertrauenswürdigkeit weder als Erlöschenstatbestand noch als Tatbestand, der zum Entzug der Bewilligung führen muss, sondern als Tatbestand, der zum Entzug der Bewilligung führen kann, bestimmt (vgl. VGH 2022/014 und 2022/031). Somit ist daraus abzuleiten, dass im Rahmen der Prüfung, ob eine erteilte Bewilligung zu entziehen ist, zwingend eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen ist.

[...]

⁸³ Nach dem WPG ist zwingend vorgeschrieben, dass die Kapitalmehrheit an einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft rechtlich und wirtschaftlich im Eigentum von nach dem WPG bewilligten Wirtschaftsprüfern oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften steht (Art. 13 Bst. a WPG).

Der Entzug der Bewilligung nach dem WPG wäre somit für den Bewilligungsinhaber auch mit der zwingenden Aufgabe seiner Kapitalmehrheit an [diversen Gesellschaften] (allesamt bewilligte Wirtschaftsprüfungsgesellschaften) verbunden.

⁸⁴ Aber auch die Verhängung eines befristeten Berufsausübungsverbot es gemäss Art. 80 Abs. 1 Bst. c WPG stellt eine scharfe Massnahme dar, welche nach den gegebenen Umständen des Einzelfalles von der FMA in Erwägung zu ziehen ist. [...]

⁸⁵ Durch das Berufsausübungsverbot wird der Bewilligungsinhaber so gestellt, als würde ihm die Bewilligung für einen befristeten Zeitraum ‚entzogen‘ und darf er aufgrund dessen für die entsprechende Zeit nicht geschäftsmässig als Wirtschaftsprüfer tätig sein (BuA 2017/38).

⁸⁶ Aufgrund dieser vorbezeichneten Ausführungen im BuA 2017/38 und mangels Rechtsprechung dazu ist aus Sicht der FMA zumindest unklar, ob die Verhängung

eines befristeten Berufsausübungsverbotes analog zum Entzug der Wirtschaftsprüferbewilligung auch die zwingende Aufgabe der Kapitalmehrheit des [XY] bedeuten würde.

Aber selbst wenn die Verhängung eines befristeten Berufsausübungsverbotes nicht die Aufgabe der Kapitalmehrheit im vorbeschriebenen Sinne bedeuten würde, sieht die FMA eine solche Massnahme im gegenständlichen Fall als keine geeignete Massnahme an, zumal die Verurteilung keinen Anlass bietet, die Richtigkeit der Vornahme der operativen Wirtschaftsprüfertätigkeit von [XY] stark in Zweifel zu ziehen.

⁸⁷ Davon ausgehend erscheint der FMA im gegenständlichen Fall der Entzug der Bewilligung aufgrund des sich hierdurch ergebenden wirtschaftlichen Nachteils als jedenfalls unverhältnismässig und die Verhängung eines befristeten Berufsausübungsverbotes als nicht geeignete Massnahme zur Erreichung des Sicherungszwecks und – ausgehend von der Annahme, dass auch das befristete Berufsausübungsverbot die zwingende Aufgabe der Eigentumsanteile an den vorbezeichneten Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bedingt – als ebenso unverhältnismässig.

Die mit dem Entzug der Bewilligung bzw. der Verhängung eines – wenngleich auch nur befristeten – Berufsausübungsverbotes einhergehende Beeinträchtigung des Bewilligungsinhabers in seinen verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten auf Erwerbs- und Eigentumsfreiheit wiegt schwerer, als der durch die Aufrechterhaltung der Bewilligung/Tätigkeit potentiell mögliche Vertrauensverlust in den Finanzplatz Liechtenstein. Ausserdem stehen der FMA gelindere Mittel zur Erreichung des Sicherungszwecks zur Verfügung.

⁸⁸ Art. 80 WPG stellt die Grundlage für eine effektive Aufsicht durch die FMA dar und zählt demonstrativ (nicht abschliessend) Massnahmen auf, die zur Sicher-

stellung der Aufsichts- und Kontrollpflichten – und somit zur Sicherung des Vertrauens in den liechtensteinischen Finanzplatz – geeignet sind.

Zur Sicherstellung der vorgenannten – der Berufsausübung des Bewilligungsinhabers übergeordneten – Interessen, nämlich der Sicherung des Vertrauens in den Finanzplatz Liechtenstein sowie dessen Ansehen, und zur Sicherstellung ihrer Aufsichts- und Kontrollpflichten behält sich die FMA gegenständlich vor, als Massnahme gemäss Art. 80 Abs. 1 WPG, ausserordentliche Qualitätssicherungsprüfungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 QSPV bei [XY] sowie bei ihm zurechenbaren Wirtschaftsprüfungsgesellschaften durchzuführen bzw. anzuordnen.

⁸⁹ In dieser – auch vom Bewilligungsinhaber in seinem Vorbringen ins Treffen geführten – »engeren aufsichtsrechtlichen Kontrolle« sieht die FMA eine adäquate Massnahme, um der Öffentlichkeit und den weiteren massgebenden Kreisen glaubhaft zu zeigen, dass sie trotz der vom Bewilligungsinhaber begangenen Straftat weiterhin volles Vertrauen in den liechtensteinischen Finanzplatz haben können.»

⁹⁰ Gegen die Feststellungsverfügung der FMA erhob XY Beschwerde bei der FMA-BK. Diese gab der Beschwerde keine Folge.

⁹¹ Entgegen den Beschwerdeausführungen hält die FMA-BK fest, es handle sich vorliegend nicht um einen identischen Sachverhalt, der zu beurteilen ist, und es liegt daher auch keine res iudicata vor. Dies ergibt sich, was durch die FMA-BK nochmals nachgewiesen wird, durch die rechtskräftigen Verurteilungen in Österreich und im Inland, an welche FMA und FMA-BK gebunden sind.

Zur Verdeutlichung hält die FMA-BK sodann fest:

«Es kommt somit nicht darauf an, ob ein Sachverhalt allenfalls im Vorverfahren bereits bekannt war, sondern ausschlaggebend nach Art 6 Abs 2 lit g WPG ist ausschliesslich, dass der Beschwerdeführer nunmehr zusätzlich rechtskräftig wegen eines Vergehens und eines Verbrechens verurteilt wurde. Damit ist auch dem Argument der *res iudicata* begegnet.»

⁹² Zur Vertrauenswürdigkeit selbst führt die FMA-BK aus:

«Damit stehen diese strafbaren Handlungen (ein Verbrechen und dazu noch zwei Vergehen) iSv Art 6 Abs 2 lit g WPG der Annahme der Vertrauenswürdigkeit entgegen. Insbesondere das Verbrechen der Geldwäscherei, welcher Tatbestand von den liechtensteinischen Strafverfolgungsbehörden seit Jahren mit grossen Anstrengungen bekämpft wird, hier jedoch vom Beschwerdeführer über einen Zeitraum von mehr als vier Jahren und in Bezug auf einen Betrag über EUR 250 000.00 (um es zu wiederholen: mehr als dreifache Überschreitung der Qualifikationsgrenze) begangen wurde, lässt es nicht zu, weiterhin von Vertrauenswürdigkeit auszugehen.

[...]

Es wäre schlicht unglaubwürdig, würde die Finanzmarktaufsicht hier tatenlos zusehen und insbesondere angesichts der Verurteilung wegen des Verbrechens der Geldwäscherei weiterhin von Vertrauenswürdigkeit ausgehen (siehe zuletzt BuA 50/2024, 22 [...]; Liechtenstein verfügt über eine international integrierte Finanzmarktaufsicht und wird von Moneyval, dem Experten-ausschuss des Europarates, bei der Bekämpfung von Geldwäscherei zu den Top 5 Europas gezählt.)»

Anmerkung der FMA

⁹³ Verfahrensgegenständlich war die Beurteilung einer Bewilligungsvoraussetzung, nämlich die Vertrauenswürdigkeit i.S.d. Art. 6 WPG.

In dem diesem Fall vorgängigen Verfahren wurde bereits über die Vertrauenswürdigkeit des XY im Sinne des WPG entschieden. Die FMA stellte damals mit Verfügung fest, dass XY aufgrund einer landesgerichtlichen Verurteilung in Österreich im Jahr 2021 seit Rechtskraft dieses Urteils bis zumindest zur Tilgung der Verurteilung im Strafregister nicht mehr vertrauenswürdig gemäss Art. 6 Abs. 1 WPG ist. Von einem Entzug der Bewilligung gemäss Art. 55 Abs. 1 Bst. a WPG wurde damals abgesehen. Die FMA-BK gab der gegen diese Verfügung der FMA erhobenen Beschwerde Folge und hob diese ersatzlos auf. Dies mit der Begründung, dass kein Zusammenhang zwischen der erlittenen Verurteilung in Österreich und der beruflichen Tätigkeit des Beschwerdeführers vorliegt und damit auch nicht der per se-Tatbestand im Sinne von Art. 6 Abs. 1 WPG erfüllt ist. Zudem kam die FMA-BK zu der Ansicht, dass XY in Abwägung aller Umstände auch nicht vertrauenswürdig im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. g WPG ist (vgl. FMA-Praxis 2023, S. 35 ff.).

Gegenständliches Verfahren basiert nunmehr auf einer rechtskräftigen Verurteilung des Fürstlichen Landgerichts als Kriminalgericht wegen des Vergehens der versuchten Untreue nach den §§ 15, 153 Abs. 1 und 3 erster Fall StGB sowie des Verbrechens der Geldwäscherei nach § 165 Abs. 2 und 4 StGB.

Mit Verfügung der FMA wurde folglich festgestellt, dass XY aufgrund dieser Verurteilung nicht mehr vertrauenswürdig im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Bst. g WPG ist. Der dagegen erhobenen Beschwerde wurde seitens der FMA-BK keine Folge gegeben. Vielmehr wurde ausgesprochen, dass nunmehr entgegen der Ansicht des XY weitere (neue) Sachverhalte vorliegen, die zur inländischen Verurteilung führten, und dass diese strafbaren Handlungen (insgesamt ein Verbrechen und zwei Vergehen) im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. g WPG der Annahme der Vertrauenswürdigkeit entgegenstehen.

Dass die FMA bloss die Vertrauensunwürdigkeit feststellte und sich lediglich Massnahmen gem. Art. 80 Abs. 1 WPG zu ausserordentlichen Qualitätssicherungsprüfungen vorbehielt, jedoch nicht die Bewilligung nach dem WPG entzog, ist nach Ansicht der FMA-BK als ausgesprochen fair zu beurteilen.

VERLETZUNG VON SORGFALTS- PFLICHTEN IM SINNE DES SPG

⁹⁴ Verfügung der FMA

⁹⁵ Ein liechtensteinisches Treuunternehmen XY wurde von der FMA wegen Verwaltungsübertretung nach Art. 31 Abs. 1 Bst. d SPG sowie wiederholter Übertretung nach Art. 31 Abs. 1 Bst. e, fbis und g SPG in Anwendung von Art. 31 Abs. 4 Bst. a und Abs. 5 SPG mit einer Busse in Höhe von CHF 100 000 bestraft. Die Gebühr für den Erlass der Verfügung wurde auf CHF 1000 festgesetzt.

⁹⁶ Das Treuunternehmen hatte während mehrerer Jahre in Bezug auf zahlreiche Gesellschaften und Stiftungen gegen berufliche Sorgfaltspflichten verstossen. Die XY zur Last gelegten Tatbestände waren die Folgenden:

- 1.) Unterlassung, die Feststellung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Personen gemäss Art. 7 SPG vorzunehmen;
- 2.) Unterlassung, das Geschäftsprofil nach Art. 8 SPG zu erstellen;
- 3.) Unterlassung, die Risikobewertung gemäss Art. 9a SPG vorschriftsgemäss vorzunehmen;
- 4.) Unterlassung, den verstärkten Sorgfaltspflichten gemäss Art. 11 Abs. 4 SPG nachzukommen.

⁹⁷ Die von der FMA beauftragte Z AG hatte in dem gesetzlich relevanten Zeitraum bei dem Treuunternehmen diverse Stichproben von Geschäftsbeziehungen durchgeführt. Aus dem Kontrollbericht der Z AG ging hervor, dass bei sämtlichen Stichproben sowohl die Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte (SoF) als auch der wirtschaftliche Hintergrund des Gesamtvermögens (SoW) nicht ausreichend aussagekräftig in den Geschäftsprofilen dokumentiert und bei den Geschäftsbeziehungen mit erhöhtem Risiko keine Aktualisierungen der Geschäftsprofile vorgenommen worden seien. Die FMA führte in der Folge ihrerseits beim Treuunternehmen eine ordentliche Sorgfaltspflichtkontrolle durch. Bei Stichproben ergab sich wiederum, dass kein oder ein unvollständiges Geschäftsprofil erstellt worden war und nicht aktualisiert wurde. Auch zeigte sich, dass verschiedentlich die Risikobewertung nicht aktuell war und keine jährliche PEP-Überprüfung erfolgte. Nachdem das Treuunternehmen zum Kontrollbericht der FMA Stellung genommen hatte, leitete die FMA ein Verwaltungsstrafverfahren ein.

⁹⁸ In einer ausführlichen Eingabe nahm das Treuunternehmen zu den Feststellungen und Vorhaltungen der FMA sowie zu den im konkreten Fall anwendbaren Rechtsquellen Stellung. Er widersprach den Ausführungen und Ergebnissen der FMA.

⁹⁹ Die FMA prüfte im Einzelnen die relevanten, zahlreichen Geschäftsbeziehungen und gelangte zum Ergebnis, dass deren Geschäftsprofile «den heutigen Massstäben» nicht genügen. Die FMA wandte sowohl das SPG als auch die SPV in der geltenden Fassung an, wobei die neuerlichen Anpassungen der SPV in der Wegleitung (2018/7) hinsichtlich des Günstigkeitsvergleichs für das Treuunternehmen berücksichtigt wurden. Dazu führte die FMA aus:

¹⁰⁰ «Seit der Abänderung der SPV, LGBl. 2017/2015 gehören die Angaben zum wirtschaftlichen Hintergrund des Gesamtvermögens (einschliesslich Beruf und Geschäftstätigkeit des effektiven Einbringers der Vermögenswerte) zu den Mindestangaben im Geschäftsprofil. Dieses Erfordernis musste gemäss Übergangsbestimmung bei bereits bestehenden Geschäftsbeziehungen, d.h. solche die vor 1. September 2017 aufgenommen wurden, bis 1. Juni 2018 nachgeholt werden. Dementsprechend hätte [XY] sämtliche Geschäftsprofile um die Mindestangabe ‚SoW‘ ergänzen müssen. Aus den vorliegenden Geschäftsprofilen ist jedoch ersichtlich, dass die Rubrik ‚Hintergrund des Gesamtvermögens, einschliesslich Beruf und Geschäftstätigkeit des effektiven Einbringers der Vermögenswerte‘ durchwegs fehlte.

¹⁰¹ Richtig ist, dass die FMA für den Umgang mit alten Geschäftsbeziehungen mit erhöhtem/hohem Risiko bei ‚fehlenden Drittbelegen/-quellen‘ hinsichtlich der SoF/SoW den ‚Comply or Explain‘-Ansatz in ihrer Wegleitung 2018/7 am 13. April 2022 verschriftlicht hat. Doch selbst unter Heranziehung des ‚Comply or Explain‘-Ansatzes gelangt die FMA zum Ergebnis, dass die hinsichtlich der SoF bemängelten Geschäftsprofile unvollständig erstellt sind.

¹⁰² Ob das Einholen von Drittbelegen (‚Überprüfung‘) zu den Angaben zu SoF notwendig ist, hängt vom Risiko einer Geschäftsbeziehung ab und ist nur im Bereich der erhöhten und hohen Risiken notwendig. Sollte bei solchen Geschäftsbeziehungen, deren Aufnahme vor dem 1. Januar 2018 und bis 2001 erfolgt ist, eine derartige ‚Überprüfung‘ der SoF nicht möglich sein, kann der Sorgfaltspflichtige den ‚Comply or Explain‘-Ansatz anwenden. Bei bestehenden Geschäftsbeziehungen vor 2001, die vor dem Inkrafttreten des SPG aufgenommen wurden, kann die Plausibilisierung der SoF mit intern vorliegenden Informationen und Belegen ausreichen.

¹⁰³ Bei Geschäftsbeziehungen mit regulären Risiken ist hinsichtlich der Angaben zu SoF keine ‚Überprüfung‘ und demnach keine subsidiäre Anwendung des ‚Comply or Explain‘-Ansatz zwingend notwendig; die Sorgfaltspflichtige hat dort eine ‚Plausibilisierung‘ z.B. mittels Internetrecherchen, durch Verschriftlichung eigener Wahrnehmungen in einer Aktennotiz etc. vorzunehmen.

[...]

Sollten gar keine Informationen zu SoW/SoF vorliegen, darf die Geschäftsbeziehung – dies unabhängig vom jeweiligen Risiko – nicht fortgeführt werden bzw. müsste letztlich abgebrochen werden.»

¹⁰⁴ Zum Geschäftsprofil, das nach Art. 8 SPG und SPV zu erstellen ist, führt die FMA aus:

«Das Gesetz schreibt zwingend vor, dass es nicht genügt, ein Geschäftsprofil bloss ‚formell‘ zu erstellen, indem alle Angaben lediglich nominell vorhanden sind (d.h. indem einfach ‚irgendwas‘ 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 hinreichend aussagekräftig ist. Der Detailierungsgrad der Angaben nach Art. 20 Abs. 1 Bst. c bis e SPV hat dem Risiko der Geschäftsbeziehung Rechnung zu tragen (Art. 20 Abs. 2 SPV). Dies bedeutet jedoch nicht, dass derartige Informationen völlig dem Ermessen des Sorgfaltspflichtigen überlassen sind (vgl. dazu FMA-BK, 2014/2, Seite 11 und FMA-BK 2017/15, Seite 24).

Sinn des Profils ist es jedoch nicht, sich gleichsam alle Eventualitäten offen zu halten, damit im Nachhinein praktisch jede Transaktion durch einen sehr allgemein gehaltenen Wortlaut gerechtfertigt werden kann, sondern das Profil hat derart detailliert zu sein, dass eine

risikoadäquate Überwachung der Geschäftsbeziehung möglich ist, d.h. überprüft werden kann, ob die im Verlauf der Geschäftsbeziehung abgewickelten Transaktionen mit dem Geschäftsprofil übereinstimmen. Das Profil muss aus sich heraus und ohne Bezug weiterer Dokumente aussagekräftig sein (vgl. zum Ganzen FMA-BK 2015/7, Seite 26).

¹⁰⁵ *Das Geschäftsprofil ist stets aktuell zu halten und in regelmässigen Abständen aktiv durch den Sorgfaltpflichtigen zu aktualisieren (Art. 8 Abs. 2 SPG).*

In Fällen erhöhter oder hoher Risiken hat die aktive Überprüfung des Geschäftsprofils mindestens alle ein bis zwei Jahre stattzufinden. Im Fall regulärer Risiken mindestens alle drei bis fünf Jahre. Die konkreten Aktualisierungszeiträume wurden mit Anpassung der FMA-RL 2013/1 am 15. November 2017 von der FMA vorge-schrieben. Die Aktualisierung ist jeweils im Sinne von Art. 20 Abs. 3 SPV zu dokumentieren bzw. intern zu vermerken. Sofern sich im Rahmen der Überprüfung der Aktualität keine Änderungen ergeben, ist dieses Ergebnis zumindest in Form eines kurzen Vermerks bzw. der Kenntlichmachung der Überprüfung zu dokumentieren. Eine explizite Formvorgabe existiert diesbezüglich nicht. Als ausreichend erachtet wird beispielsweise auch eine kurze Aktennotiz aus dem Kundengespräch oder auch ein tagesaktueller Ausdruck des Profils, solange diese die relevanten Informationen beinhalten (FMA-Richtlinie 2013/1, Seite 15, Version 15. November 2017).»

¹⁰⁶ Des Weiteren musste die FMA für einige Fälle feststellen, dass die Risikobewertung nach Art. 9a SPG nicht oder nicht vorschriftsgemäss vorgenommen und den verstärkten Sorgfaltpflichten gemäss Art. 11 SPG nicht nachgekommen worden war.

¹⁰⁷ Insgesamt führten die festgestellten Rechtsverstösse zu den eingangs genannten Übertretungen. Die Häufigkeit der Verstösse lässt den Schluss zu, dass von einem qualifizierten Verstoss gemäss Art. 31 Abs.

4 SPG auszugehen ist. Auch steht aufgrund der Feststellung und der rechtlichen Würdigung fest, dass die Verwaltungsübertretungen nach Art. 31 Abs. 1 Bst. e, g und fbis SPG in wiederholter Weise begangen worden sind. Die dem Treuunternehmen XY zur Last gelegten mehreren Verstösse wiegen nach Auffassung der FMA «nicht schwer (aber auch nicht leicht)». Unter Würdigung der Gesamtumstände wird eine Busse in Höhe von CHF 100 000 als angemessen erachtet.

¹⁰⁸ **Entscheidung der FMA-BK**

¹⁰⁹ Das Treuunternehmen XY erhob Beschwerde bei der FMA-BK. Diese hob die angefochtene Verfügung in Bezug auf einzelne, frühere Tatzeiträume auf und stellte das Verwaltungsverfahren insoweit ein. Zu anderen Spruchpunkten wurden in Bezug auf die Erstellung der Geschäftsprofile die Tatzeiträume, die vor dem 1. Juni 2018 liegen, gemäss § 67 StPO ausgeschieden. Im Übrigen wurde der Beschwerde, mit Ausnahme einer Formulierung in einem Spruchpunkt, keine Folge gegeben. Der Straf- und Kostenspruch wurde aus der angefochtenen Verfügung übernommen.

¹¹⁰ In materieller Hinsicht stützte die FMA-BK die Erwägungen der FMA, insbesondere was die Anwendung von Art. 31 Abs. 4 SPG (mehrfache Wiederholung von Straftaten) betrifft. Die FMA-BK bestätigte, dass es sich um einen Fall der wiederholten Begehung handelt und verwies ergänzend auf die zwischenzeitig ergangene Judikatur des öBVwG (Erkenntnis vom 6. Mai 2022, GZ W172219 5157-1), und auf die Materialien zu § 56 Abs 3 dGwG («Wiederholt ist ein Verstoss, wenn er mehr als einmal begangen wird»). Des Weiteren verwies die FMA-BK diesbezüglich auf den MONEYVAL Bericht über die fünfte Evaluationsrunde vom Mai 2022 (gegenüber den Evaluatoren wurde eine qualifizierte Tatbegehung in Form der Wiederholung bei «mehr als zweimal» kommuniziert). Daran, was u.a. Grundlage der Prüfung des Landes und der Bewertung durch MONEYVAL war, ist selbstverständlich festzuhalten.

¹¹¹ Mit amtswegig wahrzunehmender materieller Nichtigkeit war nach Auffassung der FMA-BK die angefochtene Verfügung hingegen in einzelnen Spruchpunkten insoweit behaftet, als die Strafbarkeit juristischer Person (Art. 31 Abs. 5 SPG) erst mit dem 1. September 2017 eingeführt worden ist. Erst ab diesem Zeitpunkt konnte die Beschwerdeführerin bestraft werden.

¹¹² Des Weiteren waren nach Ansicht der FMA-BK Tatzeiträume in Übereinstimmung mit Art. 145 Abs. 1 LVG i.V.m. § 67 Abs. 3 StPO auszuschneiden, die vor dem 1. Juni 2018 liegen und soweit sie sich auf das Erstellen des Geschäftsprofils nach Art. 8 SPG beziehen. Eine solche Ausscheidung dient der Vermeidung von Verfahrensverzögerungen. Sie muss nicht zwingend zu einer Reduktion der Busse führen. Dazu die FMA-BK für den vorliegenden Fall:

«Im Übrigen fallen diese Tatzeiträume für die Bemessung der Busse nicht ins Gewicht, liegt doch auch ohne sie (wie ebenfalls bereits erwähnt) wiederholte Tatbegehung im Sinne von Art 31 Abs 4 lit a SPG vor.»

¹¹³ Zur Bedeutung der Tatzeiträume und der regulatorischen Verpflichtungen für die Ausscheidung hält die FMA-BK sodann fest:

«Ob die Sorgfaltspflichtigen, wie in der Beschwerde ausgeführt [...], keine regulatorischen Vorgaben hatten, wie die ‚wirtschaftliche Herkunft der Vermögenswerte‘ genau zu erheben war, kann dahingestellt bleiben, denn jedenfalls seit dem Jahr 2018 waren auch nach dem eigenen Beschwerdevorbringen des Beschwerdeführers – er verweist hier selbst auf die FMA-Wegleitung 2018/7 (in Kraft seit 24.04.2018) [...] – entsprechende regulatorische Vorgaben vorhanden. Dies spielt jedoch – für die Vergangenheit – alles keine Rolle, wurde doch durch Ausscheidung der vor dem 01.06.2018 liegenden Tatzeiträume diesem Vorbringen die Grundlage entzogen. Jedenfalls – und zwar auch nach dem eigenen Vorbringen des Beschwerdeführers – war ab Vorliegen

der FMA-Wegleitung 2018/7 dem Beschwerdeführer ‚klar‘ [...], dass konkrete Zahlen erwartet werden. Spätestens zu diesem Zeitpunkt – eine Beurteilung für den vorangehenden Zeitraum kann, wie dargestellt, aufgrund der erfolgten Ausscheidung entfallen – war es jedenfalls dem Beschwerdeführer (auch nach seinem eigenen Vorbringen) folglich auch klar, dass die von ihm bis dato angefertigten Profile nicht ausreichen. Dies stimmt auch mit seinem erstinstanzlichen Zugestehen überein [...].»

¹¹⁴ Hinsichtlich der Abänderung von Art. 20 SPV folgte die FMA-BK der Ansicht der FMA, wonach die entsprechende Verpflichtung (zur Abänderung der Geschäftsprofile) erst ab dem 1. Juni 2018 bestanden hatte. Für den früheren Zeitraum war die Beschwerdeführerin daher nicht belastet. Zur Frage der Übergangsfrist hält die FMA-BK fest:

«Die Abänderung von Art 20 SPV erfolgte mit 01.09.2017, und zwar mit LGBI 2017/215. Damit wurden die lit. c und d von Art 20 Abs. 1 leg. cit. neu gefasst. War bis dahin vorgesehen gewesen, dass das Geschäftsprofil Angaben zu (lit. c) ‚wirtschaftlicher Hintergrund und Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte‘ und (lit. d) ‚Berufs- und Geschäftstätigkeit des effektiven Einbringens der Vermögenswerte‘ zu enthalten hat, wurden ab diesem Zeitpunkt neu zu lit. c Angaben zu ‚Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte‘ und zu lit. d Angaben zu ‚wirtschaftlicher Hintergrund des Gesamtvermögens, einschliesslich Beruf- und Geschäftstätigkeit des effektiven Einbringers der Vermögenswerte‘ [...] gefordert. Es ist zwar richtig, dass LGBI 2017/215 insoweit keine Übergangsbestimmungen enthält. Dies würde jedoch – mangels anderslautender Bestimmungen – gemäss § 3 ABGB dazu führen, dass die aus der Novellierung der SPG entspringenden rechtlichen Folgen gleich nach der Kundmachung ‚ihren Anfang‘ nehmen, das wäre im vorliegenden Fall der 25.08.2017. Allerdings ist dies vorliegend ohnedies nicht von Bedeutung, geht doch die FMA selbst davon aus, dass die entsprechende Verpflichtung (zur Abänderung der Geschäftsprofile) erst

ab 01.06.2018 bestanden hat, was sich aus der mit LGBl. 2017/161 erfolgten Novellierung des SPG (auf welche im Übrigen die hier streitgegenständliche, mit LGBl. 2017/215 erfolgte Novellierung der SPV explizit gestützt wurde) ergibt, nämlich aus Abschnitt II. ('Übergangsbestimmungen') Absatz 5, was mit Abschnitt IV. ('Inkrafttreten') Absatz 3 von LGBl. 2017/161 und mit Abschnitt III. ('Inkrafttreten') Absatz 2 von LGBl. 2017/215 in Einklang steht.»

¹¹⁵ Zur Aktualisierung der Geschäftsprofile und zur Bedeutung der FMA-Wegleitung hält die FMA-BK fest:

«Der Gesetzesauslegung des Beschwerdeführers, wonach mangels einer Übergangsfrist in der Wegleitung 2018/7 die entsprechenden Angaben erst bei Aktualisierung des Geschäftsprofils aufzunehmen gewesen wären, kann die Beschwerdekommision nicht teilen. Eine Wegleitung gibt die Auffassung der zuständigen Aufsichtsbehörde wieder, was auch in der Wegleitung 2018/7 explizit festgehalten ist: „Gestützt auf Art 28 Abs 3 SPG ... kann die FMA Wegleitungen erlassen, welche die Bestimmungen des SPG und der SPV ... branchenspezifisch auslegen. Der Inhalt dieser Wegleitung entspricht der Auslegung und Praxis der FMA im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Sorgfaltspflichten und wurde im Zusammenhang mit den Branchenverbänden erstellt.“ Damit ist jedoch klargestellt, dass Sorgfaltspflichtige nicht etwa bis zur nächsten (anstehenden) Aktualisierung des Geschäftsprofils zuwarten können, sondern, sollten sich die vom Sorgfaltspflichtigen erstellten Geschäftsprofile nicht mit der Auslegung der Finanzmarktaufsicht decken, sie sie umgehend, nachdem eine entsprechende Wegleitung erlassen wurde, anzupassen haben, denn nunmehr ist ihnen ja bekannt, dass die von ihnen bisher vorgenommene Gesetzes- bzw. Verordnungsauslegung nicht mit der Auslegung und damit mit der Praxis der Finanzmarktaufsicht übereinstimmt.“

¹¹⁶ Zum Wissen und zur Verantwortung einer Leitungsperson unterstreicht die FMA-BK:

«Von einer derartigen Leitungsperson ist anzunehmen – und dies wird in der Beschwerde auch gar nicht bestritten –, dass sie über die erforderlichen Kenntnisse des SPG, der SPV und der entsprechenden Richtlinien/Wegleitungen der Finanzmarktaufsicht verfügt. Würde sie darüber nicht verfügen, würde sich umgehend die Frage des Lizenzentzugs stellen. Wenn sich nun aus Gesetz, Verordnung und den entsprechenden Richtlinien/Wegleitungen der Finanzmarktaufsicht ein bestimmtes vorgeschriebenes Verhalten (hier: insbesondere rechtskonformes Erstellen von Geschäftsprofilen) ableiten lässt, so ist bei jemandem, der – was (wie gesehen) auch gar nicht bestritten wird – über entsprechende Rechtskenntnisse verfügt, davon auszugehen, dass – wie bei jedermann in einer vergleichbaren Situation – aufgrund der vorhandenen Gesetzeskenntnisse zumindest bedingter Vorsatz (Eventualvorsatz) vorliegt, wie es die Vorinstanz zutreffend begründet hat und welchen Ausführungen die Beschwerdekommision explizit beitrifft.»

¹¹⁷ Zur Höhe der ausgesprochenen Busse, die mit der Beschwerde nicht bekämpft worden ist, führt die FMA-BK aus, dass sich die FMA an die Rechtsprechung der FMA-BK gehalten habe. Die FMA-BK führt dazu aus:

«Die Höhe der ausgesprochenen Busse wurde nicht bekämpft. Die Finanzmarktaufsicht hat sich an die in der angefochtenen Verfügung referierte Rechtsprechung der Beschwerdekommision gehalten. Danach hält die Beschwerdekommision dafür, dass es – aus Gründen der Gleichbehandlung und der Vergleichbarkeit – bei durchschnittlichen Einkommens- und Vermögensverhältnissen (durchschnittlich bezogen auf den Personenkreis, der Übertretungen nach dem SPG begeht, vorliegend: bezogen auf Treuhandgesellschaften) nicht überhöht ist, bei einer Rahmenstrafe (wie hier) im Regelfall mit einer Einstiegsstrafe (Basisstrafe, Regelstrafe) von 10 % des zur Verfügung stehenden Strafrahmens vorzugehen (vgl. FMA-BK 2019/20-7, Erw. 8 vom 28. November 2019; FMA-BK 2019/17-8, Erw. 14.7 vom 28. November 2019; FMA-BK 2019/7-11, Erw. 5.4,

vom 3. Oktober 2019; FMA-BK 2017/15-4, Erw. 11, vom 25. Januar 2018; vgl. dazu auch öOGH 6. September 2016, 13 Os 105/15p, 13 Os 106/15k, letzter Absatz, und 18. Oktober 1990, 12 Os 115/90, letzter Absatz, und öVwGH 15. Oktober 2009, 2008/09/0272, 24. Februar 2000, 97/15/0170, 26. Februar 1996, 95/10/0171, 29. Oktober 1992, 91/10/0092, 20. Mai 2010, 2008/07/0122, S. 7 erster Absatz, und 8. Juli 2009, 2008/15/0284, S. 3 dritter Absatz [»...ohnedies lediglich in Höhe von ca. 12 % des Strafrahmens bemessenen Strafe das behördliche Ermessen in einer dem Sinne des Gesetzes zuwiderlaufenden Weise geübt worden wäre, ist nicht zu erkennen«]; so sieht etwa auch § 23 Abs 4 öFinStrG eine Mindeststrafe von 10 % des Strafrahmens vor). Auch das öBVwG greift bei Beschwerdeentscheidungen betreffend Beschwerden gegen Verwaltungsstrafentscheidungen der österreichischen Finanzmarktaufsichtsbehörde FMA nach dem österreichischen Finanzmarkt-Geldwäschegesetz auf die 10 %-Grenze des Strafrahmens zurück, um die Angemessenheit einer Strafe beurteilen zu können (BVwG 02.08.2017, W210 2150835-1, S. 14 letzter Absatz, 02.08.2017, W210 2150870- 1, S. 14 letzter Absatz).

In den wenigen publizierten Verwaltungsstrafentscheidungen des VGH wurde etwa der Strafrahmen zu 10 % (VGH 2018/046 GE 2018, 186 = LES 2018 193), zu zwei Fünftel ('...so dass noch ausreichend Spielraum für gravierendere Fälle verbleibt' - VGH 2011/77 GE 2017, 172 [Erw. 5 ‚Busse im Umfang des Einfachen des Hinterziehungsbetrages in der Regel angemessen‘; Anmerkung; Diese ‚Regelstrafe‘ entspricht einem Fünftel des Strafrahmens) oder zu etwas mehr als 50 % (VGH 2014/119 GE 2017, 18 ['... über eine längere Zeitdauer [ca. dreieinhalb Jahre] gewerbsmässig begangene[n] Übertretungen zur Erzielung eines dauerhaften Erwerbs ...']) ausgeschöpft.

Diese '10 %-Judikatur' wurde im Übrigen von MONEYVAL anlässlich der fünften Evaluationsrunde durchaus kritisch gesehen – kritisch, weil sie bei Ersttätern höheren Bussen entgegensteht ('This low level of fines may

be explained by rules set by the FMA Complaints Commission...' S. 163, 280, 281, 284, 298, 316, 318 und 319 im Bericht über die fünfte Evaluationsrunde vom Mai 2022, abrufbar unter <https://rm.coe.int/moneyval-2022-6-mer-liechtenstein/1680a71000>). Damit kann sich der Beschwerdeführer nicht durch die Bussenhöhe für beschwert erachten.»

¹¹⁸ Bussenhöhe, Begründung der Busse sowie Kostenspruch waren von der FMA-BK zu übernehmen, zumal teilweise materielle Nichtigkeit der Verfügung und Teilausscheidung durch die FMA-BK nichts daran zu ändern vermochten.

¹¹⁹ Urteil des VGH

¹²⁰ Beschwerde wurde insofern stattgegeben, als der Spruch der angefochtenen Entscheidung durch den VGH, unter Einbezug der rechtskräftigen Teile des Spruchs, angepasst und neu formuliert worden ist. Was die Erfüllung der Straftatbestände betrifft, wurden die vorinstanzlichen Entscheide bestätigt: Verwaltungsübertretung nach Art. 31 Abs. 1 Bst. d SPG sowie in wiederholten Weise Verwaltungsübertretungen nach Art. 31 Abs. 1 Bst. e, fbis und g SPG. Ebenfalls die Busse verhängte der VGH bei Anwendung von Art. 31 Abs. 4 Bst. a und Abs. 5 SPG, in Höhe von CHF 100 000.

¹²¹ Der VGH sieht sich veranlasst, in Beachtung der Beschwerde sowie des Spruchs der FMA-BK die Geschäftsbeziehungen und Verwaltungsübertretungen im Einzelnen und bezogen auf die relevanten Zeiträume aufzulisten, die Gegenstand des Beschwerdeverfahrens vor dem VGH sind.

¹²² Hinsichtlich der Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte gelangte der VGH zum Ergebnis, die Beschwerdeführerin habe es objektiv unterlassen, die Geschäftsprofile hinsichtlich der Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte ordnungsgemäss und vollständig zu erstellen. In diesem Zusammenhang

trat der VGH der Ansicht der Beschwerdeführerin entgegen, sie habe aus dem Verzicht der FMA, nach dem ersten Kontrollbericht der Z AG verwaltungsrechtliche Massnahmen zu ergreifen, schliessen dürfen, dass die von ihr erstellten Geschäftsprofile in Ordnung seien. Dazu der VGH:

«Da der Beschwerdeführerin zum einen bewusst war, dass die FMA aufgrund der Ausführungen im Kontrollbericht keine Veranlassung hatte, Massnahmen gegen sie zu ergreifen, für sie zum anderen jedoch ohne weiteres erkennbar war, dass Angaben in den im Jahr 2017 geprüften Geschäftsprofilen wie ‚pensioniert/ Geschäftstätigkeit‘ oder ‚Rentner/Angestellter/Unternehmer‘ den Anforderungen der Richtlinie 2013/1 nicht genügen, kann sie sich mangels einer Vertrauensgrundlage nicht auf den Vertrauensschutz berufen. Ein Unterlassen kann nur dann eine Vertrauensgrundlage bilden, wenn die Unrichtigkeit der Schlüsse, die der Bürger aus dem Schweigen der Behörden ziehen durfte, aus seiner Sicht nicht ohne weiteres erkennbar war [...]. Im vorliegenden Fall durfte die Beschwerdeführerin respektive die für sie tätige Person als Fachperson aus dem Nichtergreifen von Massnahmen durch die FMA nicht darauf schliessen, dass die von ihr erstellten Geschäftsprofile aus Sicht der FMA die sorgfaltspflichtrechtlichen Anforderungen erfüllen.»

¹²³ Bezüglich der Angaben zum wirtschaftlichen Hintergrund des Gesamtvermögens erklärt der VGH das Fehlen solcher Angaben für Geschäftsbeziehungen, die nach dem 1. September 2017 aufgenommen wurden, als strafbar nach Art. 31 Abs. 1 Bst. e SPG. Entgegen der Ansicht der FMA-BK stellt der VGH klar, dass es für frühere Tatbestände an einer zwingenden Übergangsbestimmung hinsichtlich der neuen Verpflichtung fehlt, in den Geschäftsprofilen den wirtschaftlichen Hintergrund des Gesamtvermögens zu dokumentieren. Aufgrund des Legalitätsprinzips war daher auch eine rechtsgenügende Strafbestimmung zu verneinen. Dazu führte der VGH aus:

¹²⁴ «Erfasste der Sorgfaltspflichtige den wirtschaftlichen Hintergrund des Gesamtvermögens nach dem 01. September 2017 nicht, kann er hierfür nicht wegen des Unterlassens der vollständigen Erstellung des Geschäftsprofils bestraft werden. Jedoch ist das Geschäftsprofil ab dem 01. September 2017 nicht vollständig erstellt, wodurch ein gesetzeswidriger Zustand entsteht. Die Aufsichtsbehörde, gegenständlich die FMA, hat daher die zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes notwendigen Massnahmen zu ergreifen (Art. 28 Abs. 1a SPG). [...] Kommen die Sorgfaltspflichtigen der Aufforderung der FMA zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes nicht fristgerecht nach, können sie bestraft werden. [...]

Bei Geschäftsbeziehungen, die nach dem 01. September 2017 aufgenommen wurden, musste bei der Aufnahme der Geschäftsbeziehung ein Geschäftsprofil erstellt sein, das auch Angaben zum wirtschaftlichen Hintergrund des Gesamtvermögens enthält.»

¹²⁵ Bezüglich der Angaben zum Verwendungszweck der Vermögenswerte, die von FMA und FMA-BK als ungenügend beurteilt worden waren, analysiert der VGH die Formulierungen einer jeden Stiftung und jeden Gesellschaft. In den meisten Fällen wurde das Geschäftsprofil durch die Beschwerdeführerin nicht oder nicht ordnungsgemäss erstellt, indem entweder die angegebenen Verwendungszwecke zu unbestimmt waren oder Angaben zum Verwendungszweck ganz fehlten. Dazu führte der VGH aus:

«Der VGH hat in seiner Entscheidung zu VGH 2020/66 vom 25. Juni 2021 unter anderem festgehalten, dass es Zweck einer privatnützigen Stiftung sei, Ausschüttungen für die persönlichen Bedürfnisse der Begünstigten vorzunehmen. Welche Bedürfnisse die Begünstigten im Laufe der Zeit haben würden, könne im Vorhinein nicht immer festgelegt werden. Es stelle keinen Mehrwert dar, das Geschäftsprofil bei jeder Ausschüttung für den persönlichen Bedarf anzupassen bzw. zu spezi-

fizieren. Im Fall zu VGH 2020/66 war als Verwendungszweck die Ausschüttung von Vermögenswerten an die einzige Begünstigte für Zwecke wie Altersvorsorge, Nachfolgeregelung, persönlicher Bedarf und Verwaltung des eigenen Vermögens erfasst. Obwohl dieser Verwendungszweck allgemein gehalten ist und keinen hohen Detaillierungsgrad aufweist, umschreibt er doch so weit als möglich, für was die Gelder verwendet werden sollen und dürfen. Dieser Massstab ist auch im vorliegenden Fall anzuwenden.»

¹²⁶ Ebenfalls hinsichtlich der Aktualisierung der Geschäftsprofile musste der VGH für verschiedene Vermögen eine Unterlassung feststellen, in den relevanten Tatzeiträumen die Geschäftsprofile zu aktualisieren. Dabei analysierte er die Entstehung und die Novellierung einschlägiger FMA-Richtlinien.

In Bezug auf einzelne Risikobewertungen fehlten gemäss VGH Angaben zur Aktualisierung oder gar Erstellung einer Bewertung. Dazu führte der VGH aus:

¹²⁷ «Die Sorgfaltspflicht der Risikobewertung nach Art. 9a SPG wurde mit dem SPG in der Fassung LGBl. 2017 Nr. 161 neu eingeführt. Auf die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bestehenden Geschäftsbeziehungen gelangte diese neue Sorgfaltspflicht ab dem 01. Juni 2018 zur Anwendung (Abschnitt II. (Übergangsbestimmungen) Abs. 5 SPG in der Fassung LGBl. 2017 Nr. 161). [...]»

In Art. 28 Abs. 1 Bst. b SPV heisst es sodann, dass die Sorgfaltspflichtakten so erstellt und aufbewahrt werden müssen, dass sie fachkundigen Dritten ein zuverlässiges Urteil über die Einhaltung der Bestimmungen des Gesetzes und dieser Verordnung ermöglichen. Aus dieser Bestimmung und der Aktualisierungspflicht nach Art. 9a Abs. 3 SPG ergibt sich, dass die Risikobewertungen mindestens alle drei Jahre zu aktualisieren sind. Führt diese Aktualisierung zum Ergebnis, dass die Risikobewertung noch aktuell ist und nicht angepasst werden muss, ist dieses Ergebnis zu dokumentieren.»

¹²⁸ Zur Höhe der Busse hatte die Beschwerdeführerin vorgebracht, der von der FMA verhängten Busse zugrunde liegende Sachverhalt habe sich durch die Entscheidung der FMA-BK wesentlich verändert. Die Höhe der Busse müsse aufgrund der geänderten Sachverhaltslage neu bemessen werden. Dazu führte der VGH aus:

«Aus diesem Vorbringen ist für die Beschwerdeführerin nichts zu gewinnen. Im Vergleich zur Verfügung der FMA vom 26. Oktober 2022 ist lediglich eine Verwaltungsübertretung (Unterlassen der Aktualisierung des Geschäftsprofils hinsichtlich der Geschäftsbeziehung [...]) entfallen. Dies auch nur deswegen, weil nach der Rechtsprechung der FMA-BK ein nie erstelltes Geschäftsprofil nicht aktualisiert werden könne; der Unrechtsgehalt gehe im unterlassenen Erstellen, einem Dauerdelikt, auf [...]. Im Übrigen wurden im Vergleich zur Bussenverfügung der FMA in [...] Fällen die vorgeworfenen Tatzeiträume gekürzt [...]. Die Dauer der Tat stellt jedoch keinen Milderungsgrund nach § 34 StGB, sondern einen Erschwerungsgrund nach § 33 Abs. 1 Ziff. 1 StGB dar. Die Einschränkung der Tatzeiträume kann somit nicht zu einer Milderung der Busse führen.»

Anmerkung der FMA

¹²⁹ Der Entscheid der FMA-BK ist für die FMA von Relevanz, zumal im gegenständlichen Fall bestätigt wurde, dass es sich um einen Fall der wiederholten Tatbegehung handelt. Die Höhe der Busse der FMA von CHF 100 000 wurde in der Instanz zwar nicht bekämpft; jedoch hielt die FMA-BK zutreffend fest, dass bei einer Rahmenstrafe (wie hier) im Regelfall mit einer Einstiegsstrafe (Basisstrafe, Regelstrafe) von 10 % des zur Verfügung stehenden Strafrahmens vorzugehen ist.

Von Bedeutung für die FMA sind ferner auch die zahlreichen sorgfaltspflichtrechtlichen Ausführungen der FMA-BK und des VGH, insbesondere zur Erstellung

und Aktualisierung des Geschäftsprofils i.S.d. Art. 8 SPG und dessen Übertretungstatbestand i.S.d. Art. 31 Abs. 1 Bst. e SPG.

ERSTELLEN DES GESCHÄFTS- PROFILS; FESTSTELLUNG DER WIRTSCHAFTLICH BERECHTIGTEN PERSONEN; VERANTWORTLICHKEIT EINER JURISTISCHEN PERSON

¹³⁰ Verwaltungsstrafbot der FMA

¹³¹ Die X AG ist Trägerin einer Bewilligung nach VersAG und als Sorgfaltspflichtige nach Art. 3 Abs. 1 Bst. d SPG zu qualifizieren. Sie wurde von der FMA mit Verwaltungsstrafbot wegen wiederholter Verwaltungsübertretungen nach Art. 31 Abs. 1 Bst. d und e SPG, gestützt auf Art. 31 Abs. 3 Bst. a und Abs. 5 sowie Abs. 6 SPG, mit einer Busse in Höhe von CHF 120 000 bestraft. Der X AG wurde vorgeworfen, es im relevanten Zeitraum in Bezug auf mehrere Fonds und Gesellschaften unterlassen zu haben, das Geschäftsprofil gemäss Art. 8 SPG vollständig zu erstellen und die Identität der wirtschaftlich berechtigten Personen nach Art. 7 SPG festzustellen und zu überprüfen.

¹³² Die Y AG war von der FMA beauftragt worden, für den sorgfaltspflichtgesetzlich relevanten Zeitraum bei der X AG eine ordentliche Sorgfaltspflichtkontrolle durchzuführen. Anlässlich dieser Kontrolle prüfte die Y AG acht Stichproben, welche von der X AG als komplexe Struktur gekennzeichnet waren. Im Anschluss daran führte die FMA ihrerseits bei der X AG eine Sorgfaltspflichtkontrolle gemäss Art. 24 SPG i.V.m. Art. 37a Abs. 3 SPV durch.

¹³³ Nach Feststellung ihrer Verfahrenszuständigkeit und ihrer gemäss Art. 139 Abs. 2 LVG i.V.m. § 67 Abs. 2 StPO bestehenden Verpflichtung, die demselben Beschuldigten zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen in einem Verwaltungsstrafverfahren zu

behandeln und zu erledigen, erkannte die FMA auf die Erfüllung der in der Entscheidung genannten Tatbestände.

¹³⁴ Zum Geschäftsprofil führte die FMA insbesondere wie folgt aus:

«Gemäss Art. 8 Abs. 1 SPG müssen die Sorgfaltspflichtigen ein Profil über die Geschäftsbeziehung erstellen, welches insbesondere Informationen über die Herkunft der Vermögenswerte sowie über den Zweck und die angestrebte Art der Geschäftsbeziehung enthält (Geschäftsprofil).

Gemäss Art. 20 Abs. 1 SPV hat das Geschäftsprofil u.a. die folgenden Angaben zu enthalten: (a) Vertragspartner und wirtschaftlich berechnete Person, (b) Bevollmächtigte und Organe, die gegenüber dem Sorgfaltspflichtigen handeln, (c) Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte, (d) wirtschaftlicher Hintergrund des Gesamtvermögens, einschliesslich Beruf und Geschäftstätigkeit des effektiven Einbringers der Vermögenswerte sowie (e) Verwendungszweck der Vermögenswerte.

Nach der dazu ergangenen FMA-Wegleitung 2018/7 („Allgemeine und branchenspezifische Auslegung des Sorgfaltspflichtrecht“), ist das Profil generell mit zunehmendem Risiko der Geschäftsbeziehung detaillierter auszugestalten (Art. 20 Abs. 2 SPV), was jedoch nicht bedeutet, dass der Detaillierungsgrad der Angaben völlig dem Ermessen des Sorgfaltspflichtigen überlassen ist.

¹³⁵ Insbesondere in Fällen von erhöhtem Risiko kann nicht darauf verzichtet werden, die Angaben des Kunden im Geschäftsprofil weiter zu überprüfen bzw. zu plausibilisieren. Dies betrifft insbesondere die Angaben zur Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte sowie die Angaben zum wirtschaftlichen Hintergrund des Gesamtvermögens, einschliesslich Beruf und Geschäftstätigkeit des effektiven Einbringers der Ver-

mögenswerte (Art. 20 Abs. 1 Bst. c und d SPV). Diese Detailangaben bedingen natürlich die Kenntnis und Dokumentation der Geschäftstätigkeiten des effektiven Einbringers. (vgl. dazu FMA-BK 2014/2, S.1 u. FMA-BK 2021/2, S. 10)

¹³⁶ Das Gesetz schreibt zwingend vor, dass es nicht genügt, ein Geschäftsprofil bloss ‚formell‘ zu erstellen, indem alle Angaben lediglich nominell vorhanden sind (d.h. indem einfach ‚irgendwas‘ 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 hinreichend aussagekräftig ist. Bei der Beurteilung der Aussagekraft handelt es sich zwar um eine Einzelfallbeurteilung und es wird dem Sorgfaltspflichtigen ein gewisser Ermessensspielraum zugestanden, dies bedeutet jedoch nicht, dass derartige Angaben völlig dem Ermessen des Sorgfaltspflichtigen überlassen sind. (FMA-BK 2017/15, S. 24)

¹³⁷ Das Geschäftsprofil stellt einen integrierenden Teil der Sorgfaltspflichtakten dar (Art. 27 Abs. 1 Bst. b SPV). Nach Art. 28 Abs. 1 Bst. a und b SPV müssen die Sorgfaltspflichtakten derart erstellt und aufbewahrt werden, dass die Sorgfaltspflichtigen die ihnen obliegenden Sorgfaltspflichten jederzeit wahrnehmen können und sie einem fachkundigen Dritten ein zuverlässiges Urteil über die Einhaltung der Bestimmungen des SPG und der SPV ermöglichen.

Zudem muss das Geschäftsprofil einen fachkundigen Dritten in die Lage versetzen, durch blosse Konsultation des Geschäftsprofils, ebenfalls Auffälligkeiten im Zusammenhang mit erfolgten Transaktionen etc. zu erkennen (FMA-Wegleitung 2018/7, S. 13, Stand 13. April 2022).»

¹³⁸ Aufgrund der festgestellten und analysierten Sachverhalte wurden die untersuchten Geschäftsprofile als ungenügend erachtet.

¹³⁹ Zum gleichen Ergebnis gelangte die FMA in Bezug auf die Feststellung und Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Personen. In allgemeiner Hinsicht führte sie aus:

«Nach Art. 7 Abs. 1 SPG haben die Sorgfaltspflichtigen die Identität der wirtschaftlich berechtigten Person festzustellen.

Entstehen im Laufe der Geschäftsbeziehung Zweifel über die Identität der wirtschaftlich berechtigten Person, so müssen die Sorgfaltspflichten die Feststellung und Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person wiederholen. (Art. 7 Abs. 3 SPG)

Die Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person im Sinne des Art. 7 SPG beginnt mit Aufnahme einer Geschäftsbeziehung und besteht solange die Geschäftsbeziehung aufrecht ist. (vgl. OGH vom 10. Februar 2012, 12 EU.2011.41, in LES 2012 102/1)

¹⁴⁰ Zur Feststellung und Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person hat der Sorgfaltspflichtige die Angaben nach Art. 6 Abs. 1 Bst. a SPV zu erheben und zu dokumentieren und durch risikobasierte und angemessene Massnahmen zu überprüfen (z. B. durch Einholung einer Passkopie). Ergänzend zur Feststellung und Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person hat sich der Sorgfaltspflichtige in einem zweiten Schritt durch risikobasierte und angemessene Massnahmen davon zu überzeugen, dass diese Person tatsächlich die wirtschaftlich berechnete Person ist. In diesem Zusammenhang ist der Fokus somit nicht auf die Identität also solche, sondern auf die Überprüfung der wirtschaftlichen Berechnung gerichtet.

Bei Geschäftsbeziehungen und Transaktionen mit geringen Risiken ist es in der Regel ausreichend, wenn die Angaben zur wirtschaftlich berechtigten Person mittels einer schriftlichen Erklärung des Vertragspart-

ners durch Unterschrift bestätigt werden (Art. 11 Abs. 2 SPV). Werden normale, erhöhte oder hohe Risiken festgestellt, bedarf es neben der schriftlichen Bestätigung nach Art. 11 SPV jedenfalls weiterer Massnahmen zur Überprüfung der wirtschaftlichen Berechtigung. (Art. 11 SPG; FMA-Wegleitung 2018/7, Stand 13. April 2022, S. 11 f)

Der Sorgfaltspflichtige hat anhand der zur Abklärung des wirtschaftlichen Hintergrundes des Gesamtvermögens und der eingebrachten Vermögenswerte heranzuziehenden Quellen und Dokumente zu plausibilisieren, ob die Angaben des Vertragspartners zur wirtschaftlichen Berechtigung schlüssig sind. Hiervon ist eine nachvollziehbare Dokumentation zu erstellen. (FMA-Wegleitung 2018/7, Stand 13. April 2022, S. 11 f)

[...]

¹⁴¹ Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. c SPV ist bei Versicherungsverträgen diejenige natürliche Person als wirtschaftlich berechtigte Person zu erfassen, welche die Versicherungsprämie wirtschaftlich letztlich leistet. Sofern es sich beim Prämienzahler (in Folge der Prüfung nach Art. 3 Abs. 1 Bst. c SPV) um eine Körperschaft handelt, sind die wirtschaftlich berechtigten Personen nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a SPV zu ermitteln.»

¹⁴² Hinsichtlich der einzelnen Tatbestände hielt die FMA wiederholt fest, dass eine Beteiligung natürlicher Personen von 25 % oder mehr an den fraglichen Instituten nicht ausgeschlossen werden kann. Es reicht daher nicht aus, sich mit der Feststellung zu begnügen, es lägen keine Hinweise auf Investoren vor. Vielmehr ist es im Rahmen eines «look through» erforderlich, sämtliche Investoren unabhängig von der Beteiligungsschwelle zu erfassen und all jene, die den Schwellenwert von 25 % gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a SPV erreichen oder überschreiten, als wirtschaftlich berechtigte Personen zu erfassen sowie deren Identität gemäss Art. 7 SPG festzustellen und zu überprüfen.

¹⁴³ Die Tatbestände waren im Sinne von Art. 31 SPG objektiv und subjektiv erfüllt. Vorliegend führte die Häufigkeit der festgestellten Verstösse sodann dazu, dass von einem qualifizierten Verstoss gemäss Art. 31 Abs. 3 SPG auszugehen war.

¹⁴⁴ Zur Verantwortlichkeit juristischer Personen (Verbandsverantwortlichkeit) hielt die FMA fest:

«Die Aufsichtsbehörde hat Bussen nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a SPG gegen juristische Personen zu verhängen, wenn die Verwaltungsübertretungen im Geschäftsbetrieb und im Rahmen des Zwecks der juristischen Person (Anlasstaten) durch natürliche Personen begangen werden, die entweder allein oder als Mitglied der Leitungsebene der juristischen Person gehandelt haben und die eine Führungsposition innerhalb der juristischen Person innehaben, aufgrund derer sie befugt sind, die juristische Person nach aussen zu vertreten, Kontrollbefugnisse innerhalb der juristischen Person auszuüben oder befugt sind, Entscheidungen im Namen der juristischen Person zu treffen. (Art. 31 Abs. 5 SPG)

Da die juristische Person durch ihre Leitungspersonen repräsentiert wird, ist die Begehung der Anlasstat durch eine Leitungsperson unwiderleglich Ausdruck mangelnder Sorgfalt auf Seiten der juristischen Person zur Verhinderung solcher Taten und somit eines impliziten Organisationsverschuldens (vgl. BuA 2010/52, S. 46).

¹⁴⁵ Die Aufsichtsbehörde hat Bussen nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a SPG gegen juristische Personen auch dann zu verhängen, wenn Verwaltungsübertretungen von Beschäftigten der juristischen Person, wenngleich nicht schuldhaft, begangen werden, und diese dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert worden sind, dass die in Art. 31 Abs. 5 SPG genannten Personen es unterlassen haben, die erforderlichen und zumutbaren Massnahmen zur Verhinderung derartiger Anlasstaten zu ergreifen. (Art. 31 Abs. 5 SPG)

¹⁴⁶ Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verbandes wird auch im Fall der Begehung der Anlasstat durch einen oder mehrere Mitarbeiter begründet, sofern diese durch eine Organisationspflichtverletzung (Leistungs-, Koordinations-, Überwachungs-, oder Kontrollpflichten) auf Entscheidungsträgerebene ermöglicht oder wesentlich erleichtert worden ist. Konkret tritt hier der (explizite) Vorwurf gegenüber der juristischen Person hinzu, es unterlassen zu haben, durch ihr verantwortliches Mitglied der Leitungsebene eine adäquate Organisation einzuführen bzw. sicher zu stellen (Lehmkuhl/Zeder in Höpfel/Ratz, WK2 VbVG § 3 Rz 33; BuA 2010/52, S. 75)

Es ist nicht erforderlich, dass die handelnden Mitarbeiter namentlich bekannt sein müssen (BuA 2010/52, S. 75).

[...]

¹⁴⁷ Zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung auf Entscheidungsträgerebene und der Mitarbeiter-Anlasstat wird vom Gesetz nicht auf ein strenges Kausalitätserfordernis abgestellt, sondern vielmehr eine Risikoerhöhung für ausreichend erachtet, d.h. massgeblich ist, dass die gebotenen und zumutbaren Massnahmen die Begehung der Tat erschwert hätten. Dass die Tat durch die gesetzte Massnahme mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte, wird nicht gefordert. (FMA-BK 2021/6; Ungerank in LJZ 2/22, S. 103)»

¹⁴⁸ Im vorliegenden Fall prüfte und erachtete die FMA die Voraussetzungen der Verantwortlichkeit der X AG als erfüllt. In Abwägung aller Strafzumessungsgründe und unter Berücksichtigung des Schuld- und Unrechtsgehalts der begangenen Übertretungen erschien bei dem zur Anwendung gelangenden Strafraumen von bis zu CHF 5 000 000 eine Bestrafung von gesamthaft CHF 120 000 schuld- und tatangemessen.

¹⁴⁹ Verfügung der FMA

¹⁵⁰ Gegen das Verwaltungsstrafbot der FMA erhob die X AG innert offener Frist Einspruch gemäss Art. 149 LVG und beantragte zugleich eine Fristgewährung für das Einbringen einer schriftlichen Stellungnahme. In der Benachrichtigung über die Einleitung des ordentlichen Verwaltungsstrafverfahrens sind durch die FMA (erneut) sowohl die Verdachtsmomente als auch der vorläufige Sachverhalt angeführt und der X AG zur allfälligen Äusserung zur Kenntnis gebracht worden.

¹⁵¹ Mit Verfügung entschied die FMA über die Tatbestände der mangelhaften Erstellung des Geschäftsprofils und der mangelhaften Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Personen gleich wie im früheren Verwaltungsstrafbot. Zusätzlich ordnete sie die Herstellung des rechtmässigen Zustandes wie folgt an:

¹⁵¹ «Die [X AG] wird hinsichtlich der Geschäftsbeziehungen [...] aufgefordert, binnen sechs Monaten ab Rechtskraft dieser Entscheidung

- a) das Geschäftsprofil hinsichtlich der Angaben zur Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte und zum wirtschaftlichen Hintergrund des Gesamtvermögens einschliesslich Beruf und Geschäftstätigkeit des effektiven Einbringers der Vermögenswerte gemäss Art. 8 SPG zu ergänzen;
- b) die notwendigen Nachweise (im Sinne einer Überprüfung gemäss der FMA-Wegleitung 2018/7) zur Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte einzuholen oder bei fehlenden Nachweisen das Geschäftsprofil um den 'Comply or Explain'-Ansatz im Sinne der FMA-Wegleitung 2018/7 zu ergänzen;

- c) die notwendigen Nachweise (im Sinne einer Plausibilisierung gemäss der FMA-Wegleitung 2018/7) zum wirtschaftlichen Hintergrund des Gesamtvermögens einschliesslich Beruf und Geschäftstätigkeit des effektiven Einbringers der Vermögenswerte einzuholen, sowie
- d) die Feststellung und Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Personen gemäss Art. 7 SPG vollständig vorzunehmen und dokumentieren.

¹⁵³ Die [XAG] wird hinsichtlich der Geschäftsbeziehungen [...] aufgefordert, binnen sechs Monaten ab Rechtskraft dieser Entscheidung

- a) das Geschäftsprofil hinsichtlich der Angaben zur Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte und zum wirtschaftlichen Hintergrund des Gesamtvermögens einschliesslich Beruf und Geschäftstätigkeit des effektiven Einbringers der Vermögenswerte gemäss Art. 8 SPG zu ergänzen, sowie
- b) die notwendigen Nachweise (im Sinne einer Plausibilisierung gemäss der FMA-Wegleitung 2018/7) zur Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte einzuholen.

Der [XAG] wird aufgetragen, der FMA binnen 14 Tagen nach Ablauf der [...] gesetzten Herstellungsfrist;

- a) die jeweiligen Geschäftsprofile samt Nachweisen, sowie
- b) die Unterlagen betreffend die Feststellung und Überprüfung der wirtschaftlichen berechtigten Personen zu übermitteln.»

¹⁵⁴ Wie im vorangehenden Verfahren verhängte die FMA gegen die X AG wegen in wiederholter Weise begangener Verwaltungsübertretungen nach Art. 31 Abs. 1 Bst. d und e SPG eine Busse in Höhe von CHF 120 000.

¹⁵⁵ Zur Begründung ihrer Entscheidung hielt sich die FMA im Wesentlichen an die im Verwaltungsstrafbot formulierten Erwägungen. Diese bezogen sich insbesondere auf die Verwaltungsübertretungen der mangelhaften Erstellung eines Geschäftsprofils (für die konkret geprüften Geschäftsbeziehungen) sowie der mangelhaften Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Personen. Des Weiteren ordnete die FMA die Herstellung des rechtmässigen Zustandes an (vgl. Rz. hiervor 131 ff).

¹⁵⁶ In der Verfügung behandelte die FMA zudem das von der X AG im Verfahren weiters erstattete Vorbringen. Dieses umfasste die Verjährungsthematik, den subjektiven Vorsatz der Organe und Angestellten der X AG sowie den «Comply or Explain»-Ansatz für länger bestehende Geschäftsbeziehungen.

¹⁵⁷ Der geltend gemachten Verjährung der inkriminierten Tatbestände hielt die FMA Folgendes entgegen:

«Bei den Verwaltungsübertretungstatbeständen des Art. 31 Abs. 1 Bst. d und e SPG handelt es sich um echte Unterlassungsdelikte. Ein Unterlassungsdelikt erschöpft sich in der Nichtvornahme einer gebotenen und möglichen Handlung, ohne einen darüberhinausgehenden strafrechtlich verpönten Erfolgseintritt zu bewirken. Echte Unterlassungsdelikte sind als Gegentyp zu den schlichten Tätigkeitsdelikten alle jene Delikte, welche die Nichtvornahme eines gebotenen und möglichen aktiven Tuns mit Strafe bedrohen. Der Eintritt darüberhinausgehender Folgen gehört nicht zum Tatbild. Der objektive Tatbestand erschöpft sich

vielmehr im schlichten gebotswidrigen Unterlassen (Lehmkuhl in Höpfel/Ratz, WK2 StGB § 2 Rz 4 u. 9; OGH 10.02.2012, 12 EU.2011.41, LES 2012 102, S. 2f.)

Nach § 57 Abs. 2 StGB beginnt die Verjährungsfrist, sobald die mit Strafe bedrohte Tätigkeit abgeschlossen ist oder das mit Strafe bedrohte Verhalten aufgehört hat. Da sich beim echten Unterlassungsdelikt das strafbare Verhalten in einem Verstoß gegen das Handlungsgebot erschöpft, ohne dass es eines weiteren Erfolges bedarf, beginnt die Verjährung mit dem Wegfall der Handlungspflicht zu laufen. Der Lauf der Verjährungsfrist beginnt demnach so lange nicht, als die Pflicht zu handeln besteht und erfüllt werden kann. (Lehmkuhl in Höpfel/Ratz, WK2 StGB § 2 Rz 4 u. 9; Marek in Höpfel/Ratz, WK2 StGB § 57 Rz 7)

[...]

¹⁵⁸ Das Ende der Handlungspflicht der [X AG] ist folglich mit dem Ende der jeweiligen Geschäftsbeziehung bzw. mit der Herstellung des rechtmässigen Zustandes anzusetzen, sodass auch die Frist für die Verjährung der ihr zur Last gelegten Sorgfaltspflichtverletzungen mit diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt bzw. begonnen hat. (OGH 10.02.2012, 12 EU.2011.41, LES 2012 102, S. 3.)

Gemäss Art 147. Abs. 2 LVG wirkt das Verwaltungsstrafbot in Bezug auf die Unterbrechung der Verjährung wie eine strafrechtliche Handlung. Für den Eintritt der Verjährung ist relevant, wann die Verjährungsfrist zu laufen begonnen hat und ob eine Hemmung oder Unterbrechung eingetreten ist. Anhängig ist ein Verwaltungsstrafverfahren, sobald irgendeine verwaltungsstrafrechtliche Handlung gegen den Beschuldigten gesetzt wird. Als solche geforderte Handlung ist jedenfalls der Erlass eines Verwaltungsstrafbotes gegen den Beschuldigten zu werten. (VGH 18.09.2015, VGH 2014/119, Rz 17; Marek in Höpfel/Ratz, WK2 StGB § 58 Rz 14)

Aufgrund der getroffenen Feststellungen sowie den nachfolgenden rechtlichen Ausführungen zur jeweiligen Geschäftsbeziehung ist festzuhalten, dass bei keiner der vom Tatvorwurf umfassten Geschäftsbeziehungen bereits eine Verjährung eingetreten ist.»

¹⁵⁹ Ähnlich erfolglos blieb die X AG mit ihrem Vorbringen zur Vorsatzthematik. Im Hinblick auf das Vorbringen der X AG zum fehlenden Vorsatz führte die FMA zusammengefasst wie folgt aus:

«Das verantwortliche Mitglied der Leitungsebene gemäss SPG ist für die Einhaltung der Sorgfaltspflichtgesetzgebung verantwortlich. Die Verantwortlichkeit für die Einhaltung des SPG und der SPV wird ausdrücklich in Art. 22 Abs. 1 SPG normiert. Aus dieser Bestimmung ergeben sich die hohen Anforderungen, welche an die entsprechenden Funktionsträger gestellt werden. Gemäss Art. 36 Abs. 1 SPV hat das verantwortliche Mitglied auf Leitungsebene über fundierte Kenntnisse in Fragen der Verhinderung und Bekämpfung von Geldwäscherei, Vortaten der Geldwäscherei, organisierter Kriminalität und Terrorismusfinanzierung und über das Datenschutzrecht zu verfügen. Das verantwortliche Mitglied der Leitungsebene ist mit entsprechenden Befugnissen auszustatten und hat für die Einhaltung der sorgfaltspflichtrechtlichen Bestimmungen auf der Ebene der Geschäftsleitung einzutreten und diese letztlich auch zu verantworten. Die Aufgaben und die Verantwortung des verantwortlichen Mitglieds der Leitungsebene können auch nicht an qualifizierte interne oder externe Personen oder Fachstellen übertragen werden. Dies ergibt sich aus Art. 36 Abs. 3 SPV.

Art. 36 Abs. 3 SPV ermöglicht die Übertragung der Aufgaben des Sorgfaltspflichtbeauftragten und des Untersuchungsbeauftragten, nicht jedoch die Übertragung der Aufgaben des verantwortlichen Mitglieds der Leitungsebene.»

¹⁶⁰ Im konkreten Fall trifft das verantwortliche Mitglied der Leitungsebene ausschliesslich ein Organisationsverschulden. Ein Vorsatz im Hinblick auf die konkrete Tat ist nicht erforderlich. Es genügt vielmehr, dass bedingter Vorsatz hinsichtlich der Vernachlässigung von Kontrollen bzw. Kontrollprozessen bestanden hat und somit die Begehung der Anlasstaten durch Mitarbeitende ermöglicht bzw. wesentlich erleichtert wurde. Der bedingte Vorsatz ergibt sich aufgrund der getroffenen Feststellungen, dass seitens der X AG gerade kein ausreichendes Kontrollsystem eingeführt worden ist.

¹⁶¹ Hinsichtlich der Erleichterungen in Bezug auf die Angaben zum wirtschaftlichen Hintergrund des Gesamtvermögens und zur Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte, die mit der FMA-Wegleitung 2018/7 unter dem Punkt «Comply or Explain»-Ansatz eingeführt worden sind, hielt die FMA fest:

«Sofern keine Belege oder Quellen (mehr) zur Überprüfung der [eingebrachten Vermögen] eingeholt werden können, besteht bei Geschäftsbeziehungen die vor dem 1. Januar 2018 aufgenommen wurden, die Möglichkeit der Anwendung des 'Comply or Explain'-Ansatzes.

In diesen Fällen ist basierend auf einer Einzelfallbeurteilung auf folgende Fragestellungen einzugehen und zu beurteilen, ob und gegebenenfalls unter Einhaltung welcher zusätzlicher risikomindernder Massnahmen die Geschäftsbeziehung trotz der Abweichung von geltenden Standards fortgesetzt werden darf.

- Aus welchen Gründen liegen keine weiteren Dokumente oder Quellen vor und weshalb können diese nicht mehr eingeholt werden?
- Welche Schritte wurden unternommen um weitere Information/Dokumente zu erhalten?

– Liegen dennoch ausreichend Informationen vor, um die [eingebrachten Vermögenswerte] plausibel und nachvollziehbar zu dokumentieren?

– Welche Massnahmen werden allenfalls ergriffen, um das aus den fehlenden Belegen/Quellen resultierende Risiko zu mitigieren?

– Welche risikoerhöhenden Faktoren bestehen?

– Gibt es negative Informationen zu dem Kunden?

Die Antworten auf diese Fragen sind zu dokumentieren. Anschliessend ist festzuhalten, ob es aus Sicht des Sorgfaltspflichtigen vertretbar ist, die Geschäftsbeziehung weiterzuführen oder allenfalls ein Abbruch angezeigt scheint.»

¹⁶² Auch unter Anwendung des «Comply or Explain»-Ansatzes sind das Einholen und die Plausibilisierung der erforderlichen Informationen zu den eingebrachten Vermögenswerten zwingend erforderlich und ist der Plausibilisierung der eingeholten Informationen entsprechend grössere Beachtung zu schenken. Da es den vorliegenden Geschäftsprofilen bereits an den notwendigen Angaben gemäss Art. 8 SPG i.V.m. Art. 20 SPV mangelte, wurden die Ausführungen betreffend Überprüfung und Plausibilisierung lediglich ergänzend aufgenommen.

¹⁶³ Entscheidung der FMA-BK

¹⁶⁴ Gegen die Verfügung der FMA erhob die X AG Beschwerde bei der FMA-BK. Diese gab der Beschwerde keine Folge. Die Spruchpunkte betreffend die Aufforderung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes waren unangefochten geblieben und sind somit in Rechtskraft erwachsen.

¹⁶⁵ Die FMA-BK befasste sich zunächst mit der Verjährungsfrage und hielt fest, dass die FMA über diese korrekt entschieden hat. Sodann führte die FMA-BK aus:

«Es kann nun dahingestellt bleiben, ob es sich bei den der Beschwerdeführerin zur Last gelegten Übertretungen um Dauerdelikte oder (echte) Unterlassungsdelikte (so der OGH in 12 EU.2011.41 LES 2012, 102 Öhri) handelt, beginnt doch bei einem Dauerdelikt der Lauf der Verjährungsfrist, sobald der rechtswidrige Zustand beendet ist, und bei einem Unterlassungsdelikt dann, wenn die Handlungspflicht weggefallen ist. Beides war in Bezug auf die der Beschwerdeführerin zur Last gelegten Übertretungen zum Zeitpunkt, als das Verwaltungsstrafbot am [...] erlassen wurde – dies ist die erste gegen die Beschwerdeführerin wegen des gegenständlichen Sachverhalts ergriffene und damit 'Behördenanhängigkeit' konstituierende verwaltungsstrafbehördliche Massnahme iSv § 58 Abs 3 Z 2 StGB (iVm Art 139 Abs 5 LVG; vgl. Mayerhofer, StGB5 § 58 E5 in Bezug auf eine Strafverfügung einer Verwaltungsstrafbehörde) –, nicht der Fall, traf doch die Beschwerdeführerin zu den Fakten 1 und 2 sowie 4 – 7 weiterhin die Pflicht, das jeweilige Geschäftsprofil vollständig (gesetzeskonform) zu erstellen sowie die Identität der jeweiligen wirtschaftlich berechtigten Person Gesetzeskonform festzustellen und zu überprüfen. In Bezug auf die Fakten 3 und 8 war die Handlungspflicht mit [...] beendet. Aufgrund der dreijährigen Frist der Verfolgungsverjährung war auch hier zum Zeitpunkt der Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens Verfolgungsverjährung noch nicht eingetreten.»

¹⁶⁶ Im Weiteren befasste sich die FMA-BK eingehend mit der Beweisrüge der X AG betreffend das interne Kontrollsystem und die diesbezügliche Verantwortlichkeit des Leitungsorgans der juristischen Person. Bereits die unbekämpft gebliebenen Sachverhaltsfeststellungen der FMA reichten nach Ansicht der

FMA-BK aus, um die Verantwortlichkeit der Beschwerdeführerin im verwaltungsstrafrechtlichen Sinn nach Art. 31 Abs. 1 Bst. e und Abs 6 SPG zu begründen. Sodann führte die FMA-BK aus:

«Denn massgeblich ist, dass Verwaltungsübertretungen von Beschäftigten der Beschwerdeführerin – hier nach Art 31 Abs 1 lit e SPG – dadurch ermöglicht oder zumindest wesentlich erleichtert wurden, dass die Mitglieder der Leitungsebene der Beschwerdeführerin es unterlassen haben, die erforderlichen und zumutbaren Massnahmen zur Verhinderung derartiger Anlasstaten zu ergreifen.

¹⁶⁷ *Es kommt nicht darauf an, ob die Anlasstaten durch die gebotenen und zumutbaren Massnahmen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert werden hätten können, es gibt also kein strenges Kausalitätserfordernis, sondern es reicht vielmehr eine Risikoerhöhung aus.*

Eine derartige Risikoerhöhung liegt auf Basis der getroffenen und – wie erwähnt – unbekämpft gebliebenen Feststellungen vor.

So führt bereits der Umstand, dass die Beschwerdeführerin für Verstösse von Mitarbeitenden gegen die internen Weisungen keine Sanktionen vorgesehen hat, zur Tatbestandserfüllung. Denn vor allem Sanktionen können Mitarbeiter davon abhalten, gegen die internen Weisungen zu verstossen, ansonsten sind interne Weisungen 'zahnlos'. Ebenso reicht es für sich genommen schon aus, dass eine explizite Stichprobenprüfung durch das verantwortliche Mitglied der Leitungsebene in der internen Richtlinie zur Bekämpfung der Geldwäscherei nicht vorgesehen ist. Auch dies führt schon für sich genommen zur hier geforderten Risikoerhöhung. Denn unabhängig davon, ob tatsächlich derartige Stichprobenprüfungen vorgenommen wurden, ist es auch ein wesentliches Element, dass die Mitarbeitenden wissen,

dass es in den internen Weisungen festgelegt ist, dass Personen der Leitungsebene zumindest stichprobenartige Überwachungen und Kontrollen durchführen.

¹⁶⁸ Ebenso stellt es schon für sich allein genommen eine hier geforderte Risikoerhöhung dar, wenn es keine internen Überprüfungsprotokolle oder Checklisten gibt. Das Vorhandensein derartiger Kontrollinstrumentarien kann dazu führen, dass die Mitarbeiter ihre Pflichten laut internen Weisungen gewissenhaft(er) einhalten, weil ja dann etwas 'schriftlich dokumentiert' ist. Werden keine internen Überprüfungsprotokolle oder Checklisten geführt, so führt auch dies (schon für sich allein genommen) zu einer Risikoerhöhung.

Ebenso wurde nicht – im Übrigen auch nicht in der Beschwerde – dargetan, dass durch die Mitglieder der Leitungsebene die Einhaltung der Aktualisierungszyklen (betreffend die Geschäftsprofile) bzw. die Aktualisierungshandlungen konkret überprüft worden wären. Auch dies reicht – schon für sich allein genommen – zur Tatbestandsverwirklichung aus.»

¹⁶⁹ Hinsichtlich der «Mitarbeiterat» kommt es nicht auf den Vorsatz seitens eines Mitglieds der Leitungsebene an. Massgeblich ist allein, dass auf der Leitungsebene eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt sowie die Einhaltung der objektiven Sorgfalt zumutbar ist. Vorliegend war die Sorgfaltspflichtverletzung zu bejahen, da es der Beschwerdeführerin möglich gewesen wäre, etwa mittels Stichprobenziehung engmaschiger zu kontrollieren. Zusammenfassend hielt die FMA-BK fest:

¹⁷⁰ «Auf die Frage eines Organisationsverschuldens, wie es in der Beschwerde mehrfach heisst, kommt es ohnedies nicht an, sondern bloss auf eine Organisationspflichtverletzung, die gar nicht subjektiv vorhersehbar oder schuldhaft gewesen sein muss. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob das interne Kontrollsystem, wie es schriftlich festgelegt ist, ausreicht, sondern es

kommt darauf an, dass eine engmaschigere Kontrolle, insbesondere in Bezug auf die Einhaltung der Aktualisierungszyklen und die Prüfung von Aktualisierungshandlungen, möglich und zumutbar gewesen wäre. Dadurch, dass dies nicht stattfand – Derartiges wäre von den Mitgliedern der Leitungsebene anzuordnen gewesen –, fand die geforderte Risikoerhöhung statt.»

¹⁷¹ In Bezug auf die subjektive Tatseite folgte die FMA-BK vollumfänglich den Feststellungen der FMA, und zwar sowohl hinsichtlich der Mitarbeitenden als auch des verantwortlichen Geschäftsleitungsmitglieds. Im Besonderen wird für Letzteres unterstrichen, dass im Zusammenhang mit dem Verstoss gegen eine objektive Norm bei jemandem, der über entsprechendes Fachwissen verfügt, im Regelfall auch (zumindest Eventual-)Vorsatz vorliegt. Dazu führte die FMA-BK in genereller Hinsicht aus:

¹⁷² «Es wird auch in der Beschwerde nicht bestritten, dass es grundsätzlich zulässig ist, vom objektiven Tatgeschehen im Sinne eines Indizienbeweises auf das zugrunde liegende Wissen und Wollen, d.h. auf den zugrundeliegenden Tatvorsatz zu schliessen. Im Bereich der Finanzmarktgesetzgebung, so wie hier im Bereich des Sorgfaltspflichtrechts, ist von besonderer Bedeutung, dass die Akteure im Regelfall schon von Berufs wegen über entsprechendes fachliches Wissen verfügen müssen. Es kann nun im Rahmen der Beurteilung, ob bei der betroffenen Person entsprechender Vorsatz, d.h. die entsprechende schädliche subjektive Tatseite, feststellbar ist, auch in Betracht gezogen werden, dass diese Person von Berufs wegen dazu verpflichtet ist, über entsprechendes fachliches Wissen zu verfügen, widrigenfalls ihr die entsprechende berufliche Position gar nicht zukommen darf. So gilt etwa in Bezug auf Versicherungen nach dem VersAG, dass Mitglieder der Leitungsorgane sowie alle anderen Personen, welche die Aufsicht, die Kontrolle oder andere Schlüsselfunktionen innehaben, fachlich qualifiziert und persönlich integer sein müssen (Art 33 Abs 1 VersAG).»

¹⁷³ Was die Strafbemessung betrifft, erachtete die FMA-BK die verhängte Busse schon allein wegen des zur Verfügung stehenden Strafrahmens als nicht überhöht.

Anmerkung der FMA

¹⁷⁴ Dieser Fall ist aus mehreren Gründen von Bedeutung.

Die Rechtsansicht der FMA hinsichtlich der Feststellung und Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Personen ist durch die FMA-BK dahingehend bestätigt worden, als dass auch im Falle von Versicherungs-Fonds-Konstellationen die Vornahme eines «look through» auf den effektiven Prämienzahler unabdingbar ist und ein Abstellen auf das Anteilsregister nicht ausreicht.

Weiters bestätigte die FMA-BK, dass es für die Begründung der Verantwortlichkeit einer juristischen Person gemäss Art. 31 Abs. 6 SPG nicht auf ein strenges Kausalitätserfordernis zwischen zumutbaren Massnahmen und der Verhinderung der Anlasstat ankommt, sondern bereits eine Risikoerhöhung ausreicht. Eine solche ist beispielsweise bereits durch nicht vorhandene Kontrollinstrumentarien sowie fehlende interne Sanktionen bei Verstössen von Mitarbeitenden gegen interne Weisungen gegeben.

ANHANG

STICHWORTVERZEICHNIS

Die Zahlen verweisen auf die Randziffern des Textes.

Asset Management und Märkte

- Beweisanträge, Stellen von Einsetzung eines Beobachters 25 ff., 30 ff.

Banken

- Amtshilfeersuchen 2
- Pflichten nach der Marktmissbrauchsverordnung (MAR) 1 ff., 6 ff., 10 ff., 13 ff.
- Risikomanagement 7, 17 ff.
- Trefferbearbeitung 6 ff.
- Unterwerfungserklärung 4, 12, 15 f., 20, 24
- Zahlungsverkehr 17 ff.

EFTA-Gerichtshof, Gutachten

49 ff.

Geldwäschereiprävention und Andere Finanzintermediäre

- Aufsichtsabgaben, Nachforderung von 61 ff.
- Bewilligung, Bewilligungsentzug 83 ff., 93
- «Comply or Explain»-Ansatz 161 f.
- Geschäftsprofil, Erstellen von 99 ff., 109 ff., 122 ff., 130 ff., 151 ff.
- Ne bis in idem, res iudicata 72 ff., 91, 109 ff.
- Sorgfaltspflichten nach SPG 94 ff., 108 ff., 119 ff.
- Unterstellung unter das SPG 62 ff.
- Verantwortlichkeit einer juristischen Person und von Leitungspersonen 116, 144 ff., 159 f., 166 ff.
- Verjährung strafbarer Handlungen 157 f., 165
- Vertrauenswürdigkeit nach WPG 69 ff., 78 ff., 92

Verhältnismässigkeitsgrundsatz

siehe **Verwaltungsverfahren**

Versicherungen und Vorsorgeeinrichtungen

- Eignung eines interessierten Erwerbers 43 ff., 49 ff.
- Einspruch der FMA 47 f., 56 ff.
- Erwerb einer qualifizierten Beteiligung an einem Versicherungsunternehmen 40 ff.

Verwaltungsverfahren

- Akteneinsicht 27 f.
- Aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels, Entzug 38
- Beweisverfahren, Beweismittel 25 ff.
- Unterwerfungserklärung siehe **Banken** Unterwerfungserklärung
- Verhältnismässigkeitsgrundsatz 37, 48, 59, 87 ff.
- Veröffentlichung von Entscheiden 5
- Verwarnung als Sanktion 8 f.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz	EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
AG	Aktiengesellschaft	EWRA	EWB-Abkommen (EWB-Vertrag)
AIFM	Verwalter alternativer Investmentfonds	EWB-MGD	Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 über Marktmissbrauch
AIFMG	Gesetz über die Verwalter alternativer Investmentfonds	f(f).	(fort)folgende
Art.	Artikel	FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
BankG	Gesetz über die Tätigkeit und Beaufsichtigung von Banken, Finanzholdinggesellschaften und gemischten Finanzholdinggesellschaften	FMA	Finanzmarktaufsicht Liechtenstein
Bst.	Buchstabe(n)	FMAG	Gesetz über die Finanzmarktaufsicht
BuA	Bericht und Antrag	FMA-BK	FMA-Beschwerdekommision
bzw.	beziehungsweise	IDD	Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Januar 2016 über Versicherungsvertrieb
CHF	Schweizer Franken	i.S.d.	im Sinne des
d.h.	das heisst	i. V. m./iVm	in Verbindung mit
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation	LES	Liechtensteinische Entscheidungssammlung
ESG	Environmental, Social and Governance (Umwelt, Soziales und Unternehmensführung)	leg. cit.	legis citatae (die zitierte Gesetzesstelle)
ESMA	European Securities and Markets Authority (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde)	LG	Fürstliches Landgericht
EU	Europäische Union	LGBI.	Liechtensteinisches Landesgesetzblatt
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union, Europäischer Gerichtshof	lit.	litera (Buchstabe)
		LVG	Gesetz über die allgemeine Landesverwaltungspflege

MAR	Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung)	UCITSV	Verordnung über bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren
Nr.	Nummer	ÜGA	Abkommen zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofes
öVfGH	Österreichischer Verfassungsgerichtshof	VersAG	Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen
OGAW	Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren	VGH	Verwaltungsgerichtshof
OGH	Fürstlicher Oberster Gerichtshof	vgl.	vergleiche
PEP	Politisch Exponierte Person	WPG	Wirtschaftsprüfergesetz
QSPV	Verordnung über Qualitätssicherungsprüfungen bei Wirtschaftsprüfern und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften	z. B.	zum Beispiel
RL	Richtlinie	ZDG	Zahlungsdienstegesetz
Rz./Rz	Randziffer	Ziff.	Ziffer
SFIU	Stabsstelle Financial Intelligence Unit		
SPG	Sorgfaltspflichtgesetz		
SPV	Verordnung zum Sorgfaltspflichtgesetz		
StGB	Strafgesetzbuch		
StPO	Strafprozessordnung		
u. a.	unter anderem(n)		
UCITSG	Gesetz über bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren		

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

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

Konzept und Gestaltung
Leone Ming Est. und digicube AG

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

Ausgabedatum: Juli 2025