
PRAXIS 2007/2008



FMA

Finanzmarktaufsicht
Liechtenstein

VORWORT	3
1. BANKEN & INVESTMENTUNTERNEHMEN	4
1.1. Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit	5
1.2. Verpflichtung zu angemessenem Risikomanagement	5
1.2.1. Allgemeines	5
1.2.2. Oberleitung der Bank durch den Verwaltungsrat	6
1.2.3. Erlass einer Kreditrisikopolitik und interne Kontrolle	7
1.2.4. Aufgaben der internen Revision	8
1.3. Verpflichtungen im Rahmen eines Bankkonzerns	9
1.4. Investmentunternehmen	10
2. VERSICHERUNGEN	14
2.1. Geschäftsplan und Funktionsausgliederung	15
2.2. Betriebliche Personalvorsorge	15
2.3. Versicherungsvermittlung	16
2.3.1. Bewilligung und Bewilligungsvoraussetzungen	16
2.3.2. Berichterstattung	18
3. ANDERE FINANZINTERMEDIÄRE	20
3.1. Sorgfaltspflichtverletzung – Aufforderung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes	21
3.2. Wirtschaftsprüfung und Revisionsgesellschaften	22
3.2.1. Erteilung der Wirtschaftsprüferbewilligung	22
3.2.2. Bewilligung als verantwortlicher Geschäftsführer einer Revisionsgesellschaft	26
3.2.3. Wechsel des verantwortlichen Geschäftsführers einer Revisionsgesellschaft	29
4. INTERNATIONALE AMTSHILFE	33
4.1. Amtshilfe im Rahmen des Marktmissbrauchsgesetzes (MG)	34
4.1.1. Grundlage der Amtshilfe und Geltungsbereich des MG	34
4.1.2. Voraussetzungen der Gewährung von Amtshilfe nach MG	35
4.1.2.1. Zuständigkeit der ersuchenden ausländischen Behörde	35
4.1.2.2. Erforderlichkeit der nachgesuchten Information(en)	35
4.1.2.3. Prinzip der Ausschliesslichkeit oder Spezialität	36
4.1.2.4. Verhältnismässigkeit der Amtshilfe	37
4.1.2.4.1. Allgemeines	37
4.1.2.4.2. Besondere Gründe für eine Ablehnung der Amtshilfe (Ablehnungsgründe)	37
4.1.2.4.3. Anforderungen an die Sachverhaltsdarlegung durch die ersuchende Behörde	38
4.2. Gewährung von Amtshilfe nach BankG	39
ANHANG	41
Gesetzesverzeichnis	42
Stichwortverzeichnis	43
Abkürzungsverzeichnis	46

VORWORT

Die FMA hat gemäss Finanzmarktaufsichtsgesetz die Öffentlichkeit über ihre Aufsichtstätigkeit zu informieren.

Dieser gesetzlichen Obliegenheit kommt die FMA durch die Publikationen auf ihrer Webseite www.fma.li laufend nach und stellt dafür auch einen Abo-Service zur Verfügung. Zudem veröffentlicht die FMA regelmässig ihren Geschäftsbericht, mit welchem transparent und umfassend über die Aufsichtstätigkeit informiert wird.

Die «FMA-Praxis» dient der vertieften Information über die Aufsichtspraxis der FMA. Sie enthält insbesondere Darstellungen und Auszüge wichtiger Entscheidungen bzw. Verfügungen der FMA, von Beschlüssen der FMA-Beschwerdekommision (FMA-BK) sowie Urteile des Verwaltungsgerichtshofes (VGH) und des Staatsgerichtshofes (StGH) in anonymisierter Form, wenn diese von besonderer Bedeutung für die Etablierung oder die Weiterentwicklung bestehender Aufsichtspraxen sind. Dieses zusätzliche Informationsangebot soll der Rechtssicherheit sowie der Transparenz in Bezug auf die von der FMA praktizierte Aufsicht über den Finanzmarkt Liechtenstein dienen.

Der Bericht für die Jahre 2007/2008 weicht insofern von früheren Berichten ab, als er nicht mehr nur Entscheide als solche wiedergibt, sondern sie teilweise auch erläutert und in Zusammenhang mit Änderungen von Gesetzen bringt.

In der FMA-Praxis 2007/2008 finden sich Verfügungen, Beschlüsse und Urteile, welche in diesen Jahren ergangen sind. Wurde etwa eine Verfügung angefochten und war das Verfahren Ende 2008 noch hängig, so wird über den Ausgang des Verfahrens in einer späteren FMA-Praxis berichtet werden.

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

René H. Melliger
Vorsitzender des Aufsichtsrats

Mario Gassner
Vorsitzender der Geschäftsleitung

BANKEN & INVESTMENTUNTERNEHMEN

1. BANKEN

1.1.

Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit

¹ Der Zweck des BankG ist gemäss Art. 1 BankG der Schutz der Gläubiger von Banken und Finanzgesellschaften sowie die Sicherung des Vertrauens in das liechtensteinische Geld- und Kreditwesen. Für die Bewilligung zum Betrieb einer Bank und deren Aufrechterhaltung sind gemäss Art. 17 Abs. 1 BankG i. V. m. Art. 28 Abs. 1 Bst. a BankG bestimmte Voraussetzungen zu erfüllen. Dazu muss insbesondere nach Art. 19 BankG die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit vorliegen.

² Nebst Anforderungen in fachlicher und persönlicher Hinsicht an die mit der Verwaltung und Geschäftsleitung einer Bank oder Wertpapierfirma betrauten Personen, setzt die Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit voraus, dass die Bank über ein angemessenes Risikomanagement verfügt und die Einhaltung der dafür vorgesehenen Vorschriften sicherstellt. Die FMA kann in diesem Zusammenhang gestützt auf Art. 35 Abs. 4 BankG Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um bezügliche Verletzungen oder Missstände zu vermeiden oder zu beseitigen. Ein konkreter Fall gab der FMA Anlass, die in diesem Zusammenhang zu beachtenden gesetzlichen Vorgaben näher zu umschreiben.

1.2.

Verpflichtung zu angemessenem Risikomanagement

1.2.1.

Allgemeines

³ Gestützt auf Art. 7a BankG ist der Verwaltungsrat einer Bank verpflichtet, ein angemessenes Risiko-

management zu entwickeln und zu implementieren sowie dessen Umsetzung und Anwendung sicherzustellen (die aktuelle Fassung des Art. 7a BankG ist am 1. Januar 2008 in Kraft getreten; auf frühere Sachverhalte ist die altrechtliche Fassung der Gesetzesbestimmung anzuwenden).

⁴ Nach Art. 7a hat eine Bank die Grundzüge des Risikomanagements sowie die Zuständigkeit und das Verfahren für die Bewilligung von risikobehafteten Geschäften in einem Reglement oder in internen Richtlinien zu regeln. Diese Instrumentarien müssen insbesondere Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie operationelle und rechtliche Risiken erfassen, begrenzen und überwachen. Bei der Beurteilung der Angemessenheit des Risikomanagements einer Bank sind grundsätzlich die Anforderungen an das Risikomanagement der Banken nach Anhang 4.3 BankV «Richtlinien zur Internen Kontrolle gemäss Art. 7a BankG und Art. 21c ff. [früher Art. 21a]» sowie Anhang 4.5 BankV «Richtlinien für die Prüfung, Bewertung und Abwicklung von grundpfandgesicherten Krediten gemäss Art. 7a BankG und Art. 21c ff. [früher Art. 21a]» heranzuziehen. Die Richtlinien zur Internen Kontrolle enthalten Bestimmungen zur Aufbauorganisation, insbesondere hinsichtlich der Verantwortlichkeiten des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung, und zur Ablauforganisation, insbesondere Risikoerkennung und Risikobeurteilung, Kontrollaktivitäten und Trennung der Funktionen, Information und Kommunikation sowie laufende Feststellung von Mängeln und Korrekturmassnahmen. Die Richtlinien betreffend grundpfandgesicherte Kredite enthalten Regelungen zur Gewährung von grundpfandgesicherten Krediten sowie zur Bonitäts- und Tragbarkeitsprüfung und zur Bewertung des Grundpfands und der Dokumentation. Bei der Beurteilung der Angemessenheit des Kredit-

risikomanagements zieht die FMA in Einklang mit Art. 4 FMAG auch international übliche Standards heran. Zu den bedeutendsten international anerkannten Standards im Kreditrisikomanagement zählen die «Principles for the Management of Credit Risk» des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht (Kreditrisikoprinzipien des Basler Ausschusses).

1.2.2.

Oberleitung der Bank durch den Verwaltungsrat

⁵ Ein adäquates Risikomanagement setzt voraus, dass der Verwaltungsrat die ihm zugeordnete Aufgabe der Oberleitung der Gesellschaft wahrnimmt. Gemäss Art. 23 BankG gehören die Oberleitung sowie die Aufsicht und die Kontrolle der Bank zu den zentralen Aufgaben des Verwaltungsrates. Dabei bilden die Festlegung der Organisation und die Erteilung der erforderlichen Weisungen sowie die Aufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen unübertragbare Aufgaben des Verwaltungsrates.

⁶ Der Verwaltungsrat kann die gesamten oder auch einzelne Geschäftstätigkeiten an sich ziehen. Er kann aber auch Organe der Bank oder Bevollmächtigte mit der Erledigung von Geschäftstätigkeiten betrauen. Solche Organe sind bei einer Bank insbesondere die Geschäftsleitung sowie auch andere statutarisch vorgesehene Gremien und Ausschüsse wie beispielsweise ein Kreditausschuss oder ein Kontrollausschuss. Obwohl eine Delegation zulässig ist, bleiben Kontroll- und Überwachungspflichten für den Verwaltungsrat bestehen. Der Grad der Kontroll- und Überwachungspflichten ist abhängig von der jeweiligen Risikokonstellation. Wenn bei einer Kreditvergabe der Kreditausschuss die allgemeine Kreditpolitik ausser Acht lässt und besonders hohe Risiken für die Bank begründet werden – z. B. hohe Volumen, keine banküblichen Sicherheiten, Kredite

an Organe und Mitarbeiter oder an nahestehende Gesellschaften –, bestehen besonders hohe Anforderungen an die Kontroll- und Überwachungspflichten seitens des Gesamtverwaltungsrates gegenüber einem Kreditausschuss bzw. einem Kontrollausschuss.

⁷ Die Delegation der Kreditbewilligung an einen Ausschuss bzw. ebenfalls eine allfällige Delegation der Überwachung an einen Kontrollausschuss sind grundsätzlich zulässig, sofern diese gemäss dem Organisationsreglement der Bank dafür vorgesehene Gremien sind. Indessen bestehen daneben seitens des Gesamtverwaltungsrates spezielle Kontroll- und Überwachungspflichten fort, wenn Besonderheiten des Geschäfts dies gebieten. Das kann etwa und namentlich der Fall sein bei Vorliegen ausserordentlich hoher Kreditvolumen, bei Fehlen banküblicher Kreditsicherheiten, bei nicht üblich ausgestalteter bankinterner Kreditorganisation sowie bei Konfrontation des Kreditausschusses mit Interessenkonflikten. In solchen Fällen treffen den Gesamtverwaltungsrat zusätzliche Erkundungs-, Prüfungs- und Überwachungspflichten. Verlangt es die konkrete Situation, hat der Verwaltungsrat – unter Umständen entgegen den Vorstellungen und Anordnungen des Kreditausschusses – entsprechende Korrekturmassnahmen zu ergreifen. Werden diese unterlassen, liegt eine Verletzung von Art. 7a BankG i. V. m. Art. 23 BankG vor.

⁸ Ähnliche Überlegungen sind für das Verhältnis von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung anzustellen. Zudem treffen den Verwaltungsrat diesbezüglich besondere Instruktions- und Informationspflichten, damit die Geschäftsleitung ihre Aufgaben gehörig erfüllen kann. Letztere wiederum ist verpflichtet, sich die erforderlichen Informationen durch aktives Nachfragen beim Verwaltungsrat zu beschaffen. Bezüglich der Informationspflicht des Verwaltungsrates fehlt es zwar an einer ausdrücklichen Bestimmung in BankG

und BankV. Eine entsprechende Informationspflicht ist jedoch aus Art. 22 Abs. 4, 23.2.a und 23.2.d BankG (seit 1. Januar 2008 i. V. m. Art. 21e BankV) abzuleiten, wonach die Aufgabenteilung zwischen dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung eine sachgerechte Überwachung der Geschäftsführung gewährleisten muss. Gemäss den Richtlinien zur Internen Kontrolle trägt die Geschäftsleitung die Verantwortung für die Umsetzung der vom Verwaltungsrat festgelegten Strategien und Geschäftsgrundsätze. Dabei ist die Geschäftsleitung insbesondere verantwortlich für die Entwicklung geeigneter Prozesse betreffend Identifikation, Messung, Begrenzung, Überwachung, Kontrolle und Kommunikation der durch die Bank eingegangenen Risiken, die Aufrechterhaltung und Dokumentation einer Organisationsstruktur, welche Verantwortlichkeiten, Kompetenzen und Informationsflüsse eindeutig festhält, die Sicherstellung der Erfüllung delegierter Aufgaben sowie die Überwachung des optimalen Ressourceneinsatzes im Bereich der internen Kontrolle. Somit muss aus Sicht der FMA der Verwaltungsrat, wenn er Aufgaben an sich zieht oder Aufgaben an die Geschäftsleitung delegiert, die Voraussetzungen schaffen, damit die Geschäftsleitung ihre Aufgaben erfüllen kann. Der Verwaltungsrat hat der Geschäftsleitung zumindest die Informationen zu erteilen, welche der Geschäftsleitung die Erfüllung der an sie delegierten Pflichten ermöglicht. Ebenso muss die Geschäftsleitung dafür sorgen, dass sie über die Informationen, die sie für die Erfüllung ihrer eigenen Aufgaben benötigt, auch verfügt.

1.2.3.

Erlass einer Kreditrisikopolitik und interne Kontrolle

⁹ Der Verwaltungsrat hat im Rahmen der Bankpolitik eine Kreditrisikopolitik zu erlassen, in welcher die allgemeinen Grundsätze für das operative Kreditgeschäft definiert sind und ein Kreditportfolio zur

Begrenzung der individuellen Kreditrisiken festgelegt ist, sowie die Umsetzung der Kreditrisikopolitik zu überwachen. Dafür ist aus Sicht der FMA im Rahmen der Kreditrisikopolitik ein Kreditportfolio festzulegen, bei welchem die Kreditrisiken, insbesondere die Ausfallrisiken (Bonitätsrisiken, Besicherungsrisiken, Klumpenrisiken) und die operationellen Risiken (organisatorische, personelle, technische und rechtliche Risiken) angemessen berücksichtigt werden. Ein Kreditportfolio muss im Hinblick auf die Bilanzsumme sowie im Hinblick auf die Gesamtorganisation eine angemessene Grösse aufweisen sowie Begrenzungen hinsichtlich der einzelnen Kreditarten (insbesondere Hypothekarkredite, Lombardkredite, Policenkredite sowie Blankokredite) und hinsichtlich der verschiedenen Kreditformen (Darlehen und Kontokorrentkredite) enthalten.

¹⁰ Auch hinsichtlich der Einhaltung der durch ihn erlassenen Kreditpolitik trägt der Verwaltungsrat die Verantwortung für die Schaffung und Aufrechterhaltung einer geeigneten internen Kontrolle. Durch diese ist sicherzustellen, dass die vorgegebenen Kreditinstruktionen und Kreditlimiten beachtet werden. Nach Auffassung der FMA ist in diesem Zusammenhang – im Hinblick auf die Kreditgeschäfte – eine adäquate Kreditorganisation bereitzustellen. Diese hat insbesondere für die Kreditbewilligung ein durchgehendes Vier-Augen-Prinzip vorzusehen, vor allem hinsichtlich der Kreditprüfung und der Dokumentation im Sinn von zwei Unterschriften auf dem Beschlussprotokoll der Kreditentscheidung. Um eine effektive interne Kontrolle durchführen und ausweisen zu können, sind die Kredit(vergabe)abläufe zu dokumentieren und die relevanten Unterlagen in der Bank bereit zu halten.

¹¹ Hinsichtlich des Kreditüberwachungssystems sind erforderliche Kontrollaktivitäten integraler Bestandteil sämtlicher Arbeitsprozesse. Die Überprüfung von

geeignet gewählten Limiten der Risiko-Exposure stellt einen wesentlichen Aspekt der Risikokontrolle dar. So können beispielsweise Limiten gegenüber bestimmten Schuldnern und Gegenparteien die Konzentration von Kreditrisiken reduzieren und zur Diversifikation des Risikoprofils beitragen. Nach den Kreditprinzipien des Basler Ausschusses hat das Institut ein vollständiges Global-Limitensystem auf Stufe von Gegenparteien sowie auf Stufe von Portfolios zu implementieren, das eine effiziente Überwachung der Risiken gestattet. Die Informatiksysteme sollen adäquat sein und eine vollständige Erfassung der Risiken sowie eine einwandfreie Überwachung der fixierten Limiten gestatten. Somit ist aus Sicht der FMA eine im Hinblick auf die Kreditgeschäfte adäquate Kreditorganisation bereitzustellen, welche insbesondere ein Kreditüberwachungssystem vorsieht, das eine effiziente und effektive Kreditüberwachung gewährleistet.

¹² Die FMA war mit einem Fall konfrontiert, in welchem bei einer Bank keine Liste mit sämtlichen relevanten Daten des Kreditengagements vorhanden war. Daher mussten die Daten – Name des Kunden, Kundennummer, Kontonummer, bewilligte Limite, Bewilligungsdatum, aushaftendes Obligo, Währung, Auszahlung, Laufzeit, Sicherheiten, Name des Betreuers sowie Wertberichtigungen – aus verschiedenen Listen zusammengesucht werden. Dies erschwerte einen Gesamtüberblick über sämtliche Grunddaten des Kreditengagements. Wenn überdies Kreditengagements – etwa im Zeitpunkt einer Vor-Ort-Kontrolle durch die FMA – nicht oder nicht vollständig erfasst sind, ist eine systematische Kreditüberwachung nicht (mehr) möglich. Ein entsprechendes Überwachungssystem einer Bank erfüllt die Anforderungen an ein angemessenes Risikomanagement nicht.

1.2.4.

Aufgaben der internen Revision

¹³ Gemäss Art. 22 Abs. 2 Bst. c BankG haben Banken (und Wertpapierfirmen) eine interne Revision zu schaffen; diese muss direkt dem Verwaltungsrat unterstehen. Aufgaben der internen Revision sowie die Koordination gegenüber der (externen) Revisionsstelle sind in Art. 11 Abs. 3 BankG umschrieben.

¹⁴ Die nähere Ausgestaltung der Kompetenzen und Aufgaben der internen Revision ist gemäss Art. 31 Abs. 2 Bst. a BankV (aus dem Jahr 2007) im Geschäftsreglement festzulegen. Überdies hat der Verwaltungsrat die Tätigkeit der internen Revision in einem besonderen Reglement zu umschreiben (Art. 34 Abs. 4 BankV). Nach Art. 34 Abs. 1 BankV verfügt die interne Revision über ein unbeschränktes Einsichtsrecht innerhalb der Bank. Die Geschäftsleitung und die Mitarbeiter der Bank erteilen ihr alle Auskünfte, die sie zur Erfüllung ihrer Prüfungspflichten benötigt. Gemäss den Richtlinien zur Internen Kontrolle ist die interne Revision eine nicht in die laufende Geschäftstätigkeit integrierte Stelle im Dienste des Verwaltungsrates mit der primären Funktion der Überprüfung der internen Kontrolle. Die interne Revision ist eine unabhängige und objektive Assurance- und Beratungsaktivität, die zu Wertschöpfung und Zielerreichung beiträgt, indem sie eine systematische und disziplinierte Vorgehensweise für die Evaluation und Steigerung der Effektivität von interner Kontrolle und Unternehmensführung leistet. Demnach ist aufgrund der gesetzmässigen Unterstellung unter den Verwaltungsrat die Hauptfunktion der internen Revision generell die Überprüfung der Geschäftstätigkeit der Ausschüsse des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung zu Handen des Verwaltungsrates. Eine Überprüfung oder eine Weisungsbefugnis gegenüber dem Verwaltungsrat ist nicht vorgesehen. Allerdings hat die interne Re-

vision gemäss Art. 11 Abs. 3 BankG der externen Revisionsstelle ihre Berichte zu unterbreiten und ihr alle Auskünfte zu erteilen, die diese zur Erfüllung der Prüfungspflicht benötigt.

¹⁵ Die interne Revision und die externe Revisionsstelle haben ihre Revisionstätigkeit zu koordinieren. Daher ist eine Aufgabenteilung zwischen der internen Revision und der externen Revisionsstelle grundsätzlich zulässig. In der Praxis wird für die Umsetzung der Aufgabenteilung und -koordination ein Prüfplan erstellt. Dieser muss so gestaltet sein, dass eine angemessene Wahrnehmung der Pflichten der internen Revision und der externen Revisionsstelle ermöglicht wird. Dabei dürfen weder die interne Revision noch die externe Revisionsstelle die jeweils anderen Bereiche vollständig ausser Acht lassen. Die interne Revision darf jedoch nicht ausschliesslich nach der Aufgabenteilung gemäss Prüfplan vorgehen, wenn aus den konkreten Umständen offensichtliche Missstände erkennbar werden. Beispielsweise hat die interne Revision eine systematische Überprüfung des gesamten Kreditgeschäfts vorzunehmen und dem Verwaltungsrat Bericht zu erstatten, wenn sich zeigt, dass die Kreditorganisation angesichts hoher Kreditvolumen sowie aufgrund fehlender bzw. mangelhafter Sicherheiten als nicht genügend erscheint. Unterlässt sie dies, nimmt sie ihre Aufgaben nicht angemessen wahr und verstösst gegen die Pflicht zu einer adäquaten Abstimmung des Prüfungsplanes mit der externen Revisionsstelle; daraus resultiert eine Verletzung von Art. 11 Abs. 3 BankG.

1.3.

Verpflichtungen im Rahmen eines Bankkonzerns

¹⁶ Eine durch die FMA beaufsichtigte Bank kann Teil eines umfassenden, europa- oder weltweiten wirtschaftlichen Gebildes sein. Insbesondere wird

sich die Konzern-Obergesellschaft häufig im Ausland befinden. In solchen Fällen stellt sich die Frage, ob die beaufsichtigte liechtensteinische (Tochter-) Gesellschaft Kreditprüfungs- und Kreditüberwachungsfunktionen sowie weitere Aufgaben an andere Konzerngesellschaften übertragen darf.

¹⁷ Aus Sicht der FMA haben auch bei Krediten, die im Rahmen eines Konzerns vergeben werden (Konzernkredite), die Kreditprüfung, der Kreditentscheid und die Kreditüberwachung letztlich durch die (beaufsichtigte) Bank selbst zu erfolgen. Überdies müssen zum Zeitpunkt der Kreditvergabe sämtliche dafür erforderlichen Dokumentationen in der Bank selbst vorhanden sein. Zudem sind verbindliche Weisungen für den Kreditmanagementprozess, insbesondere zur Kreditprüfung (Bonitätsanalyse [Kreditwürdigkeit und -fähigkeit], Kreditbedarfsanalyse, Kreditzweckanalyse, Kreditsicherheitenanalyse), Kreditstrukturierung (Kreditlimitierung, Kreditsicherstellung, Sicherungsklauseln), Kreditbewilligung (Kompetenzen), Kreditabwicklung (Kreditbenutzung und Kreditverfügbarkeit) und Kreditüberwachung (Kontodatenanalyse, Kreditkontrolle, Bilanzbesprechung, Bonitätsanalyse, Kreditsicherheitenanalyse) zu erlassen.

¹⁸ Alsdann sind eine Prüfung und eine Überwachung von Kreditengagements ohne entsprechende Dokumentation ungenügend. Dabei reicht es nicht aus, dass alle Dokumente im Konzern vorhanden bzw. innert kürzester Zeit für die beaufsichtigte Bank beschaffbar wären. Bei Interessenkonflikten besteht zudem immer die Gefahr, dass zu einem späteren Zeitpunkt die Dokumentationen nicht mehr freiwillig durch eine Konzerngesellschaft herausgegeben werden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn kein Rechtsanspruch auf Informationsherausgabe besteht. Überdies reicht es auch nicht, dass andere Konzerngesellschaften über das erforderliche Know-

how verfügen. Die Konzerngesellschaften können zwar entsprechende Gutachten und Meinungen zur Verfügung stellen, diese müssen jedoch letztendlich vor dem Kreditentscheid durch das Institut selbst materiell beurteilt werden.

¹⁹ Besondere Interessenkonflikte können resultieren, wenn einzelne Verwaltungsräte einer beaufsichtigten Bank auch im Vorstand bzw. Aufsichtsrat der Obergesellschaft oder einer anderen Konzerngesellschaft sind. Ähnliches gilt für eine Einsitznahme in Unternehmen, an die Kredite vergeben werden. In solchen Fällen ist speziell darauf zu achten, dass die Interessen der beaufsichtigten Bank nicht tangiert werden und dass das Gesamtkreditportfolio banküblich ist.

1.4.

Investmentunternehmen

²⁰ In einem Verfahren ersuchte die Gesuchstellerin um einzelfallweise Zulassung der Rechtsform einer AG & Co. KG für eine bereits bestehende Anlagegesellschaft in der Rechtsform einer AG sowie um Erteilung einer Bewilligung als segmentiertes Investmentunternehmen für andere Werte. Aus dem Sachverhalt und den eingegangenen Unterlagen ergab sich Folgendes:

²¹ Bei der Anlagegesellschaft in der Rechtsform der AG & Co. KG handelte es sich um ein an qualifizierte Anleger gerichtetes, segmentiertes Investmentunternehmen für andere Werte. Die Verwaltung erfolgte durch die Gesuchstellerin sowie durch Herrn X, den geschäftsführenden Kommanditisten der Anlagegesellschaft in der Rechtsform einer AG & Co. KG. Zweck der Gesellschaft ist der Erwerb, das Halten, die Verwaltung, der Handel und die Verwertung von Rechten aus – insbesondere – US-amerikanischen Lebensversicherungsverträgen sowie alle hiermit zusammenhängenden Geschäfte.

²² Die Anlagegesellschaft in der Rechtsform der AG & Co. KG wurde mit den zwei folgenden Segmenten beantragt:

1. Segment 1 mit den Anteilklassen A, B, C und D mit jeweils unterschiedlichen Mindesteinlagen und Rechnungswährungen, welches auf unbegrenzte Dauer errichtet ist; und
2. Segment 2 mit der Anlageklasse A, welches zeitlich bis zum 31. August 2017 befristet ist, mit einer maximal bis zum 31. August 2019 währenden Periode für den Verkauf der Restpolicen und die Liquidation des Segmentvermögens.

²³ Das Anlageziel der Anlagegesellschaft in der Rechtsform der AG & Co. KG lautete wie folgt: Das Vermögen der Segmente wird nach dem Grundsatz der Risikostreuung in US-amerikanische Lebensversicherungspolicen des Zweit- und Drittmarktes, auch Traded Life Settlements (TLS) oder Traded Life Interests (TLI) genannt, investiert. Diese Märkte haben oftmals nur eine eingeschränkte Marktliquidität und eher niedrige Transparenz. Für die Abwicklung der Geschäfte werden teilweise Geschäftsvermittler (z. B. Treuhänder, Provider) eingeschaltet, um allen landesspezifischen Rechtsvorschriften und Vorgehensweisen Genüge zu tun.

²⁴ Der Antrag auf einzelfallweise Zulassung der Rechtsform AG & Co. KG nach Art. 4 Abs. 4 IUG war zulässig und begründet. Gemäss Art. 4 Abs. 4 IUG kann die FMA für gemeinschaftliche Kapitalanlagen im Sinn von Art. 2 Abs. 1 Bst. a IUG in begründeten Einzelfällen mit Verfügung andere Rechtsformen – neben den in Art. 4 Abs. 1 IUG vorgesehenen – zulassen, wenn der Zweck des IUG dadurch nicht gefährdet wird. Vorliegend wurde das Erfordernis des Vorliegens eines Einzelfalles, welcher die Zulassung der Rechtsform der AG & Co. KG

für die Anlagegesellschaft rechtfertigte, wie folgt begründet:

²⁵ Das deutsche Investmentsteuergesetz (InvStG) wird geleitet vom Grundprinzip der steuerlichen Transparenz. Dieses Prinzip soll für eine weitgehende Gleichbehandlung der Investoren sorgen. Unabhängig von der Rechtsform sind das deutsche Investmentgesetz (InvG) und das InvStG auf ausländische Investmentvermögen nur anwendbar, wenn diese in Vermögensgegenstände investieren, die in § 2 Abs. 4 InvG abschliessend aufgezählt sind. Die Assetklasse der Traded Life Settlements (TLS) wird in dieser Aufzählung nicht explizit genannt. Grundsätzlich denkbar wäre die Subsumtion unter den Begriff «Wertpapiere» nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 InvG. Indessen haben sich sowohl die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin) als auch das Bundesfinanzministerium gegen eine Anerkennung als Wertpapiere ausgesprochen. Damit ist eine in Traded Life Settlements investierende Anlagegesellschaft in der Rechtsform einer AGmVK nach liechtensteinischem Recht aus deutscher Sicht ertragssteuerlich nicht transparent, mit der Folge, dass die Erträge der AGmVK aus deutscher Sicht nicht dem Anleger direkt zugerechnet werden.

²⁶ Damit ein deutscher Investor – und um solche handelt es sich bei der umzuwandelnden Anlagegesellschaft – das Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den USA (DBA Deutschland-USA) im Hinblick auf in den USA anfallende Erträge für sich in Anspruch nehmen kann, müssen jedoch diese Erträge aus US-amerikanischer Perspektive dem Anleger in Deutschland nach deutschem Recht zuzurechnen sein. Da im vorliegenden Fall die Rechtsform der AGmVK wegen der dargelegten deutschen Betrachtungsweise keine Gewähr dafür bietet, dass die US-Steuerbehörden eine solche Sicht einnehmen, besteht das Risiko, dass nur aufgrund der Rechtsform der liechtensteinischen An-

lagegesellschaft der deutsche Investor nicht als wirtschaftlich Berechtigter (beneficial owner) anerkannt wird, mit der Folge, dass er nicht berechtigt wäre, ein sogenanntes W8-BEN Formular auszufüllen und das DBA Deutschland-USA in Anspruch zu nehmen; folglich fielen auf allen realisierten Gewinnen (nach Anschaffungskosten) in den USA Quellensteuern in Höhe von 30 % an.

²⁷ Die Rechtsform einer liechtensteinischen AG & Co. KG (Kommanditgesellschaft) hingegen würde von deutschen und US-Steuerbehörden als ertragssteuerlich transparent qualifiziert, so dass die USA eine Inanspruchnahme des DBA Deutschland-USA durch deutsche Anleger in ihrer Eigenschaft als Kommanditisten der Kommanditgesellschaft akzeptieren würden, wodurch Letztere in den Genuss der Quellensteuerbefreiung in den USA kämen.

²⁸ Eine Gefährdung des im Schutz der Anleger sowie der Sicherung des Vertrauens in den liechtensteinischen Fondsplatz und das liechtensteinische Finanzwesen (Art. 1 Abs. 1 IUG) bestehenden Gesetzeszwecks des IUG durch die, gestützt auf Art. 4 Abs. 4 IUG beantragte, einzelfallweise Zulassung der Anlagegesellschaft in der Rechtsform einer AG & Co. KG war vorliegend nicht zu ersehen, da, vorbehaltlich der angeordneten Abweichungen, alle auf Anlagegesellschaften anwendbaren Vorschriften des IUG und der IUUV auch auf die Anlagegesellschaft in der Rechtsform der AG & Co. KG zur Anwendung gelangen. Zudem stand die Anlagegesellschaft ohnehin nur für qualifizierte Anleger offen, weshalb als Anleger nur solche natürlichen und juristischen Personen in Betracht kamen, welchen das IUG und die IUUV aufgrund ihrer Eigenschaft als qualifizierte Anleger unterstellen, dass diese über die Risiken der Anlage aufgrund eigener Ressourcen umfangreicher informiert seien und diese Risiken daher besser einschätzen könnten und damit ausreichend geschützt seien.

²⁹ Der Antrag auf Erteilung einer Bewilligung nach Art. 55 Abs. 1 Bst. b i. V. m. Art. 58 und Art. 57 Abs. 1 Bst. a bis d IUG zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit als Anlagegesellschaft war zulässig und begründet. Die Anlagegesellschaft in der Rechtsform der AG & Co. KG war gemäss Antrag als segmentiertes Investmentunternehmen für andere Werte in der Form einer AG & Co. KG auszugestalten. Der zusätzliche Antrag auf Erteilung einer Bewilligung nach Art. 55 Abs. 1 Bst. a i. V. m. Art. 35 Abs. 2 und Art. 56 Abs. 1 Bst. a bis e IUG zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit als selbstverwaltete Anlagegesellschaft und damit als Verwaltungsgesellschaft im Sinn von Art. 2 Abs. 1 Bst. b Ziff. 2 erster Fall IUG war ebenfalls zulässig und begründet. Die Anlagegesellschaft wurde durch die Gesuchstellerin sowie den geschäftsführenden Kommanditisten verwaltet; da es sich bei der Gesuchstellerin um die Komplementärin der Anlagegesellschaft handelte, galt diese demnach nicht als Drittgesellschaft im Sinn von Art. 2 Abs. 1 Bst. b Ziff. 2 zweiter Fall IUG i. V. m. Art. 35 Abs. 1 IUG. Die Anlagegesellschaft wurde daher als selbstverwaltet betrachtet.

³⁰ Auf die Anlagegesellschaft in der Rechtsform der AG & Co. KG finden sämtliche allgemeinen sowie besonderen, auf Anlagegesellschaften bezogenen Vorschriften des IUG und der IUV Anwendung. Wo die Vorschriften des IUG und der IUV keine abweichenden Regelungen enthalten, kommen auf die Anlagegesellschaft ergänzend die Vorschriften des PGR zur Kommanditgesellschaft (Art. 733 bis Art. 755 PGR) zur Anwendung.

³¹ Der Umstand, dass für die Anlagegesellschaft die Rechtsform der AG & Co. KG nur unter der Auflage erteilt wurde, dass bei einer allfälligen späteren IUG-Revision, welche eine generelle Zulassung von Anlagegesellschaften in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft zum Gegenstand hat, die für

diese geltenden Vorschriften eingehalten werden müssen bzw. die Anlagegesellschaft diesen Regeln angepasst werden muss, liegt darin begründet, dass der Gesuchstellerin durch die ausnahmsweise Zulassung der Rechtsform der AG & Co. KG keinerlei wohlverworbenen Rechte entstehen, welche bei einer entsprechenden Gesetzesänderung weiter Bestand hätten.

³² Die Fondsadministration der Anlagegesellschaft wurde im zu referierenden Fall nach Art. 25 IUG i. V. m. Art. 34 IUV an die Administrationsstelle delegiert. Die genaue Ausführung des Auftrags regelte der zwischen der Anlagegesellschaft (vertreten durch die Gesuchstellerin sowie den geschäftsführenden Kommanditisten) und der Administrationsstelle abgeschlossene Administrationsvertrag. Nach Art. 25 IUG kann die FMA einer Verwaltungsgesellschaft die Delegation einer oder mehrerer ihrer Aufgaben zum Zweck einer effizienten Geschäftsführung an Dritte bewilligen (Abs. 1), wobei die vorgesehene Person die notwendigen Voraussetzungen zu erfüllen hat (Abs. 2). Nähere Ausführungen dazu enthält Art. 34 Abs. 1 Bst. a bis c IUV. Die Delegation der Fondsadministration stand einer effizienten Geschäftsführung nicht entgegen (Art. 25 Abs. 1 IUG) und erfüllte die gesetzlichen Voraussetzungen. Die Aufsicht der FMA ist auch mit dieser Delegation weiterhin sichergestellt und die Interessen der Anleger erscheinen nicht als gefährdet (Art. 34 Abs. 1 Bst. a IUV). Die Administrationsstelle führte bereits bei mehreren in Liechtenstein bewilligten Investmentunternehmen die Fondsadministration durch und hat eine Bewilligung der Eidg. Bankenkommission als Fondsleitung im Sinn des schweizerischen Bundesgesetzes über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG). Ihre entsprechende Qualifikation für die einwandfreie Durchführung der Aufgaben war damit gegeben (Art. 34 Abs. 2 Bst. b IUV). Die Gesuchstellerin und die Administrationsstelle hatten durch eine geeignete

Organisation und Kontrolle der delegierten Aufgaben sichergestellt, dass keine Interessenkonflikte auftreten (Art. 34 Abs. 1 Bst. c IUG).

³³ Der Vertrieb wurde nach Art. 25 IUG i. V. m. Art. 34 IUV an die Depotbank delegiert. Hinsichtlich inhaltlicher Prüfung der Delegation wird auf Ziff. 94 verwiesen.

³⁴ Der Inhalt eines vollständigen Prospekts setzt sich nach Art. 38 Abs. 1 IUG aus den Statuten, dem übrigen Mindestinhalt gemäss dem Anhang 1 der IUV sowie allfälligen Beistatuten zusammen. Der vollständige Prospekt eines segmentierten Investmentunternehmens hat Hinweise nach Art. 63 Abs. 4 Bst. a bis d IUV zu enthalten.

³⁵ Die vorliegend einzelfallweise in der Rechtsform der AG & Co. KG zuzulassende Anlagegesellschaft verfügte – anders als in der Rechtsform der AGmvK errichtete Anlagegesellschaften – nicht über Statuten, sondern über einen Gesellschaftsvertrag. Entsprechend hatte, in sinngemässer Anwendung von Art. 38 Abs. 1 IUG, der vollständige Prospekt vorliegend nebst dem übrigen Mindestinhalt den Gesellschaftsvertrag der Anlagegesellschaft zu enthalten. Der vollständige Prospekt der Anlagegesellschaft erfüllte diese Anforderungen und war daher nach Art. 5 Abs. 4 i. V. m. Art. 38 IUG zu genehmigen.

³⁶ Der Inhalt des vereinfachten Prospekts setzte sich in Übereinstimmung mit Art. 9 IUG aus den in Abs. 1 dieser Bestimmung genannten Inhalten sowie dem nach Abs. 2 derselben Bestimmung geforderten übrigen Mindestinhalt gemäss Anhang 2 der IUV zusammen. Das Dokument fasste den Inhalt des vollständigen Prospekts richtig zusammen und enthielt insbesondere die wichtigsten Informationen betreffend Anlagepolitik und Risikoprofil in einer eindeutigen und leicht verständlichen Form. Der vereinfachte Prospekt der Anlagegesellschaft erfüllte die genannten Bestimmungen und war daher nach Art. 8 Abs. 4 i. V. m. Art. 5 Abs. 4 und Art. 9 IUG zu genehmigen.

2. VERSICHERUNGEN

2.1.

Geschäftsplan und Funktionsausgliederung

³⁷ Art. 35 VersAG statuiert den Grundsatz, dass die FMA die Geschäftstätigkeit der Versicherungsunternehmen zu beaufsichtigen hat. Sie hat insbesondere darüber zu wachen, dass ein Versicherungsunternehmen den genehmigten Geschäftsplan einhält (Art. 36 VersAG).

³⁸ Der Geschäftsplan ist Teil des Bewilligungsgesuchs; Art. 13 VersAG führt detailliert aus, welche Angaben und Nachweise der Geschäftsplan enthalten muss. Die Zustimmung der FMA zu einem vorgelegten Geschäftsplan ist wesentliche Voraussetzung für die Erteilung einer Bewilligung zum Geschäftsbetrieb (Art. 18 Abs. 1 VersAG).

³⁹ Gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. j VersAG können zwar – im Sinn einer Funktionsausgliederung – «Verträge oder sonstige Absprachen, durch die wesentliche Teile der Geschäftstätigkeit [...] ganz oder in wesentlichem Umfang einem anderen Unternehmen übertragen werden sollen», erlaubt werden. Indessen «muss die Hauptverwaltung des Versicherungsunternehmens einschliesslich des Rechnungswesens im Fürstentum Liechtenstein verbleiben» (VersAG a. a. O.). Aus einem – rechtskräftig gewordenen – Entscheid der FMA folgt aus der letzteren Bestimmung insbesondere, dass sämtliche Geschäftsunterlagen am Sitz des Versicherungsunternehmens in Liechtenstein physisch im Original vorhanden sein müssen. Der Zweck dieser Belegenheits- und Aufbewahrungspflicht besteht darin, dass eine Überprüfung und Kontrolle der Dokumente durch die FMA sowie die Revisionsgesellschaft des Versicherungsunternehmens jederzeit möglich ist. Namentlich soll die Revisionsgesellschaft durch eine Funktionsausgliederung nicht an der Ausübung ihrer

durch Gesellschafts- und Aufsichtsrecht auferlegten Pflichten gehindert werden.

2.2.

Betriebliche Personalvorsorge

⁴⁰ Die FMA ist zuständig für die Bearbeitung von Anträgen betreffend Freigabe des Freizügigkeitssperkkontos bzw. des Pensionskassen-Sperkkontos.

⁴¹ Gemäss Art. 12 Abs. 4 BPVG kann eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer die Barauszahlung der Freizügigkeitsleistung verlangen, wenn er oder sie eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnimmt. Zusätzlich ist aber erforderlich, dass die gesuchstellende Person nicht nach dem Recht eines (anderen) EWR-Vertragsstaates für die Risiken Alter, Tod und Invalidität weiterhin obligatorisch in der Rentenversicherung versichert ist.

⁴² Nicht um einen Barauszahlungsfall nach Art. 12 BPVG, sondern um einen Leistungsfall aus der betrieblichen Personalvorsorge (Frühpensionierung) handelt es sich bei einer Freizügigkeitsleistung gemäss Art. 8 Abs. 2 BPVG. Nach einem Entscheid der FMA liegt jedoch ein Leistungsanspruch auf eine Altersrente im Sinn der zuletzt genannten Bestimmung bzw. ein Anspruch auf Freigabe des Pensionskassen-Sperkkontos bei einer Bank erst dann vor, wenn tatsächlich eine AHV-Rente der 1. Säule bezogen wird. Dies ist nach Auffassung der FMA dort nicht der Fall, wo eine Person zwischen dem vollendeten 60. und dem 64. Altersjahr keinen Antrag auf AHV-Rentenvorbezug gemäss Art. 73 AHVG gestellt hat. Aus den Entscheidgründen der FMA:

«Die betriebliche Personalvorsorge baut im Rahmen des 3-Säulenkonzepts auf der 1. Säule auf. Nach Ansicht der FMA hat darum im Bereich der 1. und 2. Säule eine Koordination

stattzufinden. Insbesondere soll damit vermieden werden, dass jemand beispielsweise mit 60 Jahren die Freizügigkeitsleistung bezieht, auf einen Vorbezug der AHV-Rente verzichtet und mit 64 Jahren dann zusätzlich Antrag auf Ergänzungsleistungen bei der AHV stellt, weil das Guthaben aus der 2. Säule bereits aufgebraucht ist.»

⁴³ Gegen die Verfügung der FMA wurde vorliegend Beschwerde bei der FMA-BK eingereicht. Diese erachtete die Beschwerde wegen fehlender Legitimation zur Beschwerdeführung als unzulässig. Da die Beschwerdeführerin kein rechtlich geschütztes Interesse (Art. 92 Abs. 1 LVG), sondern nach Auffassung der FMA-BK bloss ein wirtschaftliches Interesse geltend machen konnte, mangelte es gegenständlich an der erforderlichen Beschwer.

⁴⁴ Im Rahmen der Aufsicht nach BPVG prüft die FMA, ob ein Unternehmen seiner Pflicht als Arbeitgeberin nachkommt, die betriebliche Alters-, Invaliden- und Hinterlassenenversorgung für die versicherungspflichtigen Arbeitnehmer zu verwirklichen. Sofern ein Arbeitgeber mit versicherungspflichtigen Arbeitnehmern nicht einer Vorsorgeeinrichtung nach BPVG zur Versicherung angeschlossen ist, liegt ein unrechtmässiger Zustand vor (Art. 3 Abs. 1 BPVG). Bei fehlendem Anschlussvertrag hat die FMA, als zuständige Aufsichtsbehörde über die Personalvorsorgeeinrichtungen, zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes die entsprechenden Massnahmen anzuordnen (Art. 23 Abs. 1 BPVG und Art. 66 Abs. 1 Bst. g BPVV) und den Arbeitgeber rückwirkend einer Vorsorgeeinrichtung zur Versicherung nach BPVG zuzuweisen (Art. 4a Abs. 4 BPVG). Dabei hat die Zuweisung aufgrund eines auf den Marktanteil basierenden Verteilschlüssels abwechselnd an verschiedene liechtensteinische Vorsorgeeinrichtungen zu erfolgen.

2.3.

Versicherungsvermittlung

2.3.1.

Bewilligung und Bewilligungsvoraussetzungen

⁴⁵ Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes über die Versicherungsvermittlung (VersVermG) am 1. Juli 2006 unterliegen Versicherungsvermittler und deren Arbeitnehmer, die in Liechtenstein oder von Liechtenstein aus die Versicherungsvermittlung betreiben, der Aufsicht der FMA (vgl. Art. 2 VersVermG). Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit als Versicherungsvermittler sind bewilligungspflichtig (Art. 5 VersVermG).

⁴⁶ Gemäss Art. 18 Abs. 1 VersVermG obliegt der FMA die Aufsicht über die Versicherungsvermittler und ihre Arbeitnehmer. Die FMA stellt durch regelmässige Kontrollen sicher, dass die Bewilligungsvoraussetzungen dauerhaft erfüllt sind und schützt die Versicherten vor Missbräuchen. Die FMA kann nach Art. 18 Abs. 3 VersVermG die zur Erfüllung ihrer Aufsichtsaufgaben erforderlichen Massnahmen ergreifen, insbesondere Anordnungen treffen, die geeignet sind, Missstände zu vermeiden oder zu beseitigen. Die Versicherungsvermittler haben der FMA gestützt auf Art. 19 Abs. 1 VersVermG alle zur Durchführung ihrer Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen.

⁴⁷ Art. 6 VersVermG statuiert die Voraussetzungen, die ein Gesuchsteller erfüllen muss, damit eine Bewilligung zur Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit als Versicherungsvermittler erteilt werden kann. Neben dem Vorhandensein der erforderlichen beruflichen Qualifikationen und eines einwandfreien Leumundes muss ein Versicherungsvermittler eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen oder gleichwertige finanzielle Sicherheiten geleistet haben (Art. 6 Abs. 1 Bst. c VersVermG i. V. m. Art. 5 Abs. 1 VersVermV).

Die Berufshaftpflichtversicherung hat eine Nachhaftung von mindestens drei Jahren vorzusehen. Legt ein Versicherungsvermittler im Rahmen der Berichterstattung eine Kopie der Berufshaftpflichtversicherungspolice vor, muss daraus die gesetzlich vorgeschriebene Dauer der Nachhaftung ersichtlich sein. Fehlen diese Angaben, so sind sie nachzuholen, um von Seiten der FMA sicherstellen zu können, dass die Bewilligungsvoraussetzungen dauerhaft erfüllt sind. In einem solchen Fall fordert die FMA den Versicherungsvermittler auf, den bezüglichen Nachweis zu erbringen und insoweit den rechtmässigen Zustand (wieder) herzustellen. Kommt ein Versicherungsvermittler dieser Aufforderung nicht fristgerecht nach, kann die FMA gestützt auf Art. 26 Abs. 2 Bst. d VersVermG eine Busse bis zu CHF 50 000.– aussprechen bzw. nach Ablauf der angemessenen Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes die Bewilligung entziehen.

⁴⁸ In einem konkreten Fall erliess die FMA eine Aufforderung im vorerwähnten Sinn mittels Verfügung. Dagegen konnte zulässigerweise Beschwerde erhoben werden, weil eine solche Verfügung «beschwerdefähig» im Sinn von Art. 35 Abs. 1 FMAG ist. Der Beschwerde war insoweit jedoch kein Erfolg beschieden – ebenfalls nicht mit Bezug auf die in der Verfügung enthaltene Aufforderung, Klarheit betreffend den örtlichen Geltungsbereich der Berufshaftpflichtversicherung zu schaffen. Dieser muss mindestens alle Vertragsstaaten des EWR-Abkommens umfassen. – Hinsichtlich der Beschwerdefähigkeit der Verfügung führte die FMA-BK aus:

«Ob eine beschwerdefähige Entscheidung vorliegt, richtet sich nach Art. 90 Abs. 1 LVG, wonach gegen alle Enderledigungen (Verwaltungsakte) und gegen alle nach dem 2. oder 3. Hauptstück des LVG sonstigen anfechtbaren Verfügungen (Verwaltungsbote) das Rechts-

mittel der Beschwerde zulässig ist. Die angefochtene Verfügung stellt eine «Enderledigung» im Sinne der zitierten Gesetzesstelle dar. Die Verfügung ist nämlich notwendige Voraussetzung für die Verhängung einer Busse nach Art. 26 Abs. 2 lit. d VersVermG. Würde man die angefochtene Verfügung als bloss prozessleitende (und damit nicht gesondert anfechtbare) Verfügung ansehen, so würde dies bedeuten, dass es der Adressat der Verfügung auf ein nach Art. 26 Abs. 2 lit. d VersVermG von der FMA einzuleitendes Strafverfahren ankommen lassen müsste, um in diesem Verfahren seine von der Finanzmarktaufsicht abweichende Rechtsauffassung überprüfen lassen zu können. Ein derartiger Umweg über ein Strafverfahren, mag es sich hier zwar nicht um ein gerichtliches, sondern bloss um ein verwaltungsbehördliches Strafverfahren handeln, wird aus rechtsstaatlichen Gründen als unzumutbar angesehen [...].

Aber auch aus dem Umstand, dass nach Art. 15d lit. b der FMA-Gebührenverordnung für die Anordnung von Massnahmen zur Behebung von Mängeln Gebühren zu erheben sind, ist abzuleiten, dass der Mängelbehebungsauftrag selbst bekämpfbar sein muss. Unzweifelhaft ist die Festsetzung der Gebühr, die ja einen Exekutionstitel darstellt, anfechtbar. Wenn jedoch schon die Kostenentscheidung (als Annexentscheidung) anfechtbar ist, dann muss auch die Hauptsachenentscheidung anfechtbar sein (argumentum a minore ad maius). So hat etwa der OGH ausgesprochen (LES 2002, 247), dass eine Kostenentscheidung nur eine solche über einen verfahrensrechtlichen Nebenanspruch und damit ein Akzessorium zur Hauptsachenentscheidung darstellt und es rechtsdogmatisch nicht vertretbar wäre, einen Rekurs gegen diese Kostenentscheidung in Fällen zuzulassen, in

denen der Gesetzgeber generell jeden weiteren Rechtszug ausgeschlossen hat. Daraus ist vice versa abzuleiten, dass ein Rechtsmittel in der Sache selbst immer möglich sein muss, wenn der Gesetzgeber eine Beschwerdemöglichkeit gegen die ein blosses Akzessorium darstellende Kostenentscheidung zulässt.»

⁴⁹ Art. 8 und Art. 9 VersVermG enthalten besondere Bestimmungen betreffend den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassungsfreiheit für Versicherungsvermittler im Rahmen des EWR-Abkommens. Diese Freiheiten sind durch das Abkommen zwischen dem Fürstentum Liechtenstein und der Schweiz zur Änderung bzw. Ergänzung des zwischen diesen Staaten bestehenden Direktversicherungsabkommens (aus dem Jahr 1996) auf die Versicherungsvermittlung im Verhältnis Liechtenstein/Schweiz erstreckt worden. Liechtenstein ist damit der einzige europäische Staat, von dem aus sowohl in den EWR-Raum als auch in die Schweiz Versicherungen auf dem Weg des Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit vermittelt werden können. Nach Art. 8 Abs. 1 VersVermG i. V. m. Art. 35 Abs. 1 des Direktversicherungsabkommens hat ein in Liechtenstein zugelassener Versicherungsvermittler, welcher erstmalig im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs oder der Niederlassungsfreiheit in der Schweiz tätig werden will, dies vorab der FMA zu melden. Entgegen der Anordnung der FMA in einem Fall trifft diese Meldepflicht nach Auffassung der FMA-BK aber Vermittler nur mit Bezug auf grenzüberschreitende Tätigkeiten, die nach der Inkraftsetzung des Ergänzungsabkommens bzw. nach dessen Kundmachung im Landesgesetzblatt (am 8. Juli 2008; LGBl. 2008 Nr. 174) ihre Wirkung entfalten. Im Einvernehmen zwischen Liechtenstein und der Schweiz ist das Abkommen bereits seit dem 1. Juli 2007 vorläufig angewendet worden. Diese vorläufige Anwendung konnte nach einem Beschluss der FMA-BK Einzel-

personen – Versicherungsvermittlern – indessen nur Rechte verleihen, sie aber nicht verpflichten (unter Hinweis auf Art. 67 Abs. 1 LV und Art. 15 Kundmachungsgesetz).

2.3.2.

Berichterstattung

⁵⁰ Im Rahmen der laufenden Aufsicht (Art. 18 ff. VersVermG) verpflichtet die FMA die Versicherungsvermittler zur jährlichen Berichterstattung über das abgelaufene Geschäftsjahr. Betreffend die Einzelheiten dieser Berichterstattung wird auf das unter www.fma-li.li zum Download bereit gestellte Berichterstattungsformular hingewiesen. Nach dem Inhalt dieser Wegleitung ist es u. a. Ziel der Berichterstattung, der FMA zu ermöglichen, die dauerhafte Erfüllung der Bewilligungsvoraussetzungen gemäss dem VersVermG zu überprüfen. Sodann wird in dieser Wegleitung darauf hingewiesen, dass das Berichterstattungsformular sowohl auf dem Postweg (rechtsgültig unterzeichnet) als auch elektronisch einzureichen ist, und zwar bis zum 31. März. Sind die Angaben in der Berichterstattung widersprüchlich oder unvollständig, so fordert die FMA den säumigen Vermittler schriftlich auf, die verlangten Informationen – auf dem Postweg und elektronisch – nachzureichen. Wird dieser Aufforderung nicht entsprochen, so erlässt die FMA eine Verfügung; diese ist beschwerdefähig.

⁵¹ Die Beschwerdekommision hat die Praxis der FMA geschützt, die Berichterstattungsformulare einer akribischen Kontrolle zu unterziehen. In einem Beschluss führte sie auf Beschwerde hin aus:

«Aufgabe der Finanzmarktaufsicht als Aufsichtsbehörde [...] ist es, nach Art. 18 Abs. 1 VersVermG durch regelmässige Kontrollen sicherzustellen, dass die Bewilligungsvoraussetzungen dauerhaft erfüllt sind, und die Versicherten vor Missbräuchen zu schützen. Dazu haben die Versicherungsvermittler nach Art. 19 Abs. 1 VersVermG der Finanzmarktaufsicht alle zur Durchführung ihrer Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen. Wenn nun die Finanzmarktaufsicht die bei ihr eingereichten Berichterstattungsformulare einer genauen Kontrolle unterzieht, so erfüllt sie damit den ihr vom Gesetz übertragenen Auftrag [...]. Selbiges gilt im Übrigen auch für die Einreichung des Berichterstattungsformulars (auch) auf elektronischem Weg [...]: Die Finanzmarktaufsicht ist zweifellos dazu berechtigt, die Einreichung des Berichterstattungsformulars (auch) auf elektronischem Weg zu verlangen. Die Rechtsgrundlage

dafür findet sich im bereits erwähnten Art. 18 Abs. 1 VersVermG, aber auch in dessen Absatz 3: Danach kann die FMA nämlich die zur Erfüllung ihrer Aufsichtsaufgaben, wozu auch regelmässige Kontrollen gehören, erforderlichen Massnahmen ergreifen, insbesondere Anordnungen treffen, die geeignet sind, Missstände zu vermeiden. Wenn nun die Finanzmarktaufsicht zu Aufsichtszwecken die Berichterstattungsformulare (auch) auf elektronischem Weg benötigt, wie dies den Versicherungsvermittlern in der Wegleitung ausdrücklich zur Kenntnis gebracht wird, so ist dies insbesondere dann nicht zu beanstanden, wenn man berücksichtigt, dass das Formular ohnedies ausgefüllt, ausgedruckt und unterschrieben am Postweg bei der Finanzmarktaufsicht einzureichen ist, wohingegen die elektronische Übermittlung desselben Formulars ohne den geringsten Zeit- und Kostenaufwand «auf Knopfdruck» erledigt werden kann.»

ANDERE FINANZINTERMEDIÄRE

3. ANDERE FINANZINTERMEDIÄRE

3.1.

Sorgfaltspflichtverletzung – Aufforderung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes

⁵² Das Sorgfaltspflichtgesetz vom 26. November 2004 (altes SPG) ist durch das Sorgfaltspflichtgesetz vom 11. Dezember 2008 (neues SPG) ersetzt worden. Die hier zu erwähnende Praxis der FMA zum früheren Gesetz – Aufforderung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes – gilt unter dem neuen Recht fort, zumal sich diesbezüglich keine oder nur marginale Änderungen ergeben haben.

⁵³ Gemäss Art. 1 Abs. 1 des (alten) SPG bezweckt das Gesetz «die Sicherstellung der Sorgfalt bei berufsmässiger Ausübung von Finanzgeschäften und dient der Bekämpfung von Geldwäscherei, organisierter Kriminalität und Terrorismusfinanzierung im Sinne des Strafgesetzbuches». Mit Blick auf die Anwendung des SPG ist – früher wie heute – entscheidend, welche (natürlichen oder juristischen) Personen dem Gesetz unterstellt sind: Art. 3 und Art. 4 altes SPG; Art. 3 neues SPG. Fällt jemand in den Anwendungsbereich des Gesetzes – beispielsweise Treuhänder oder auch Träger einer Berechtigung nach Art. 180a PGR, bestimmte Tätigkeiten von Rechtsanwälten oder Immobilienmakler –, so hat diese Person die im Gesetz konkretisierten Sorgfaltspflichten zu erfüllen (Art. 5 ff. aSPG, Art. 5 ff. nSPG). Dazu zählen etwa (und namentlich): Feststellung und Überprüfung des Vertragspartners; Feststellung und Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person; risikoadäquate Überwachung der Geschäftsbeziehungen; Erstellung eines Profils über die jeweilige Geschäftsbeziehung.

⁵⁴ Die FMA überwacht den Vollzug des SPG und damit insbesondere die Erfüllung der statuierten

Sorgfaltspflichten durch die Adressaten des Gesetzes. Gemäss Art. 24 (von altem und neuem) SPG werden die Sorgfaltspflichtigen regelmässig einer ordentlichen Kontrolle über die Einhaltung der Bestimmungen des Sorgfaltspflichtgesetzes unterzogen. Die Grundlage der Kontrolle bilden die Sorgfaltspflichtakten sowie der Jahresbericht. Diese Unterlagen werden einer formellen und einer materiellen Kontrolle unterzogen. Die formelle Kontrolle ist vor allem auf die Vollständigkeit der gesetzlich vorgeschriebenen Daten und Unterlagen ausgerichtet (Art. 35 Abs. 1 aSPV resp. Art. 39 Abs. 1 SPV). Bei der materiellen Kontrolle wird eine Plausibilitäts- und Systemprüfung durchgeführt (Art. 35 Abs. 2 aSPV resp. Art. 39 Abs. 2 SPV). Sofern durch den Wirtschaftsprüfer oder die Revisionsgesellschaft Abweichungen von den gesetzlichen Vorgaben festgestellt werden, fliesst dies in den Kontrollbericht mit ein. Zudem enthält der Kontrollbericht Massnahmen, welche vom Wirtschaftsprüfer oder von der Revisionsgesellschaft im Bedarfsfall angeordnet werden, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen (Art. 36 Abs. 1 Bst. c aSPV resp. Art. 40 Abs. 1 Bst. c SPV).

⁵⁵ Mit Bezug auf Beanstandungen, welche nach Durchführung einer Nachkontrolle noch nicht beseitigt sind, macht die FMA in der Praxis mit Verfügung von ihrer Kompetenz Gebrauch, Sorgfaltspflichtige dazu aufzufordern, den rechtmässigen Zustand (wieder) herzustellen: Art. 31 Abs. 1 Bst. b (altes und neues) SPG. Kommt eine sorgfaltspflichtige Person der Aufforderung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes nicht fristgerecht nach, steht der FMA eine Bussenkompetenz zu (a. a. O.). Überdies kann die FMA Aufsichtsmaßnahmen ergreifen und dem Sorgfaltspflichtigen für eine befristete Zeit das Eingehen neuer Geschäftsbeziehungen untersagen «bei wiederholten oder gravierenden Verstössen gegen einzelne Bestimmungen dieses Gesetzes und zur Vermeidung weiterer Verstösse»: Art. 28 Abs. 1

Bst. d aSPG (praktisch wortidentisch gleichenorts auch im neuen SPG).

3.2.

Wirtschaftsprüfung und Revisionsgesellschaften

3.2.1.

Erteilung der Wirtschaftsprüferbewilligung

⁵⁶ In einem Fall ersuchte der Antragsteller um die Erteilung einer Wirtschaftsprüferbewilligung gemäss Art. 1 Abs. 2 WPRG. Demnach galt es zu prüfen, ob die entsprechenden Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 1 Abs. 2 WPRG erfüllt waren. Art. 1 Abs. 2 WPRG setzt im Einzelnen voraus (noch ohne Berücksichtigung der Aufhebung von Bst. c; vgl. hiernach Rz. 75 ff.):

- a) Handlungsfähigkeit;
- b) Vertrauenswürdigkeit;
- c) das liechtensteinische Landesbürgerrecht oder das Staatsbürgerrecht einer Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum;
- d) aufgrund des Wohnsitzes in der Lage, die Aufgaben tatsächlich und regelmässig zu erfüllen;
- e) Erbringung des gesetzlich vorgeschriebenen Ausbildungsnachweises;
- f) Nachweis einer praktischen Betätigung in der gesetzlichen Art und Dauer;
- g) die erfolgreiche Ablegung der Zulassungsprüfung für Wirtschaftsprüfer;
- h) Berufssitz im Inland.

⁵⁷ Die Handlungsfähigkeit (Bst. a) wird gemäss Art. 11 Abs. 2 PGR vermutet. Ihr Fehlen war nicht offenkundig, weshalb diese Voraussetzung als erfüllt zu betrachten war. Die Vertrauenswürdigkeit (Bst. b) ist mittels eines Strafregisterauszugs nachzuweisen.

Betreffend das Erfordernis der Staatsbürgerschaft (Bst. c) kamen die massgebenden staatsvertraglichen Bestimmungen aus der Vaduzer Konvention und die besonderen Regeln des bilateralen Protokolls zwischen Liechtenstein und der Schweiz zur Anwendung (vgl. dazu hiernach Rz. 69 ff.). Diese Vorschriften sehen eine Gleichstellung von schweizerischen Staatsangehörigen mit EWR-Staatsangehörigen in Liechtenstein vor, soweit es sich dabei um natürliche Personen handelt. Vor diesem Hintergrund ist Bst. c staatsvertragskonform auszulegen. Als Schweizer Bürger erfüllte der Antragsteller somit diese Voraussetzung ebenfalls. (Art. 1 Abs. 2 Bst. c WPRG ist zwischenzeitlich durch den Staatsgerichtshof als verfassungswidrig erklärt worden; vgl. Urteil vom 26. Mai 2008; hinten Rz. 75 ff.). Aufgrund seines Wohnsitzes in der Schweiz (nahe zu Liechtenstein) war der Antragsteller in der Lage, die an ihn gestellten Aufgaben tatsächlich und regelmässig zu erfüllen (Bst. d). Der gesetzlich vorgeschriebene Ausbildungsnachweis (Bst. e) und die praktische Betätigung in der gesetzlichen Art und Dauer (Bst. f) ergaben sich ohne Weiteres aus den Akten. Der inländische Berufssitz (Bst. h) war ebenfalls gegeben, da der Antragsteller weiterhin bei einer liechtensteinischen Revisionsgesellschaft tätig war. Einer näheren Prüfung bedurfte im vorliegenden Fall indessen die Voraussetzung der erfolgreichen Absolvierung der Zulassungsprüfung für Wirtschaftsprüfer (Bst. g).

⁵⁸ Aus den Gesuchsunterlagen ergab sich, dass der Antragsteller vor einiger Zeit nicht die Zulassungs-, sondern die Eignungsprüfung abgelegt hatte. Er machte geltend, dass zwischen den beiden Prüfungen keine Unterschiede bestünden. Die Prüfungen seien hinsichtlich Inhalt und Umfang identisch, weshalb sie als gleichwertig zu betrachten seien. Überdies brachte der Antragsteller vor, dass er nach dem Wegfall des Wohnsitzerfordernisses auch mit der Eignungsprüfung Anspruch auf eine Bewilligung gemäss Art. 1

WPRG habe. Vom Antragsteller nun die Zulassungsprüfung zu verlangen, wäre diskriminierend, da er nach bisherigem Recht als Schweizer Bürger nicht die Möglichkeit gehabt habe, die Zulassungsprüfung zu absolvieren.

Die FMA analysierte die beiden Prüfungstypen und verglich sie unter folgenden Gesichtspunkten:

⁵⁹ Rechtsgrundlagen

Die Zulassungsprüfung wird im Gesetz in Art. 4 bis Art. 6 und durch die Verordnung vom 3. Oktober 1995 über die Zulassungsprüfung für Wirtschaftsprüfer (Prüfungsreglement; nachfolgend «ZPVO») näher geregelt. Bestimmungen über die Eignungsprüfung finden sich in Art. 33 bis Art. 40 WPRG und in der Verordnung vom 3. Oktober 1995 über die Eignungsprüfung für Wirtschaftsprüfer aus dem Ausland (nachfolgend «EPVO»).

⁶⁰ Qualifikation / Rechtswirkungen

Die Zulassungsprüfung ist gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. g WPRG die inländische Prüfung für Personen zur Zulassung zum Beruf des liechtensteinischen Wirtschaftsprüfers. Dagegen ist die Eignungsprüfung gemäss Art. 33 ff. WPRG die Prüfung für Wirtschaftsprüfer aus dem Ausland. Letztere ist Voraussetzung sowohl für die Niederlassung von Wirtschaftsprüfern aus dem Ausland (vgl. Art. 32 Abs. 2 Bst. f WPRG) als auch für die Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs (vgl. Art. 42 Abs. 2 Bst. f WPRG).

⁶¹ Zulassungsvoraussetzungen

Die beiden Prüfungen unterscheiden sich hinsichtlich der Voraussetzungen für die Zulassung zur Prüfung. Bei der Zulassungsprüfung wird die Staatsangehörigkeit von Liechtenstein, eines anderen EWR-Staates oder seit Juli 2007 der Schweiz verlangt (Art. 4 Abs. 1 Bst. b i. V. m. Art. 1 Abs. 2 Bst. d WPRG). Die Staatsangehörigkeit eines bestimmten Staates wird bei

der Eignungsprüfung nicht vorausgesetzt; es sind grundsätzlich alle Drittstaaten zugelassen (vgl. Art. 35 WPRG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 EPVO). Zudem bildet die praktische Betätigung in der gesetzlichen Art und Dauer seit der Abänderung der EPVO vom 3. Juli 2007 (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. d EPVO) nur noch eine Voraussetzung der Zulassungsprüfung (Art. 4 Abs. 1 Bst. b i. V. m. Art. 1 Abs. 2 Bst. f WPRG). Schliesslich kommt der WPV beim Zulassungsverfahren zur Eignungsprüfung im Unterschied zur Zulassungsprüfung Parteistellung zu (Art. 2 Abs. 3 EPVO).

⁶² Prüfungsinhalt (Ziel / Zweck der Prüfung)

Grundsätzlich beinhalten die Zulassungs- und die Eignungsprüfung dieselben Prüfungsbereiche (Revision, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Abgabenrecht sowie Sachenrecht gemäss Art. 7 ZPVO und Art. 7 Abs. 4 EPVO sowie Berufsrecht gemäss Art. 10 Abs. 2 ZPVO und Art. 10 Abs. 2 EPVO).

⁶³ Die Eignungsprüfung stellt jedoch eine individuelle Prüfung dar (vgl. dazu Bericht und Antrag Nr. 10/2007 betreffend die Abänderung des RAG, TrHG, PAG sowie WPRG, S. 53 und S. 20). Sie ist eine ausschliesslich die beruflichen Kenntnisse des (ausländischen) Wirtschaftsprüfers betreffende staatliche Prüfung, mit der seine Fähigkeit, Tätigkeiten im Sinn von Art. 7 WPRG auch in Liechtenstein auszuüben, beurteilt werden soll (Art. 33 Abs. 1 WPRG). Gemäss Art. 33 Abs. 2 WPRG muss sie dem Umstand Rechnung tragen, dass der Antragsteller in einem EWR-Staat über eine berufliche Qualifikation zur Ausübung des Berufes eines Wirtschaftsprüfers verfügt. Demgegenüber ist die Zulassungsprüfung eine umfassende Prüfung ohne Berücksichtigung spezifischer individueller Vorkenntnisse und Tätigkeiten.

**64 Weitere Unterschiede
(Prüfungsumfang / Benotung)**

Die Durchführung der individuellen Prüfung der beruflichen Kenntnisse wird in Art. 3a EPVO präzisiert. Demnach befreit die Prüfungskommission im Einzelfall von einzelnen Prüfungsgebieten, wenn der Kandidat durch ein Prüfungszeugnis oder sonstige beweiskräftige Dokumente nachweist, dass er in seiner bisherigen Ausbildung oder im Rahmen seiner bisherigen Berufserfahrung in einem oder mehreren Prüfungsgebieten die für die Ausübung des Wirtschaftsprüferberufes in Liechtenstein erforderlichen Kenntnisse erworben hat. Bei der Zulassungsprüfung besteht eine solche Befreiungsmöglichkeit nicht.

⁶⁵ Die beiden Prüfungen sind somit allein schon aufgrund des unterschiedlichen Prüfungsumfangs nicht deckungsgleich. Ob es im Einzelfall bei der Eignungsprüfung zu einer Befreiung kommt, ist hierbei nicht massgeblich.

⁶⁶ Ebenfalls bestand ein Unterschied hinsichtlich der Zulassung zur mündlichen Prüfung bis zum Inkrafttreten des Gesetzes vom 26. April 2007 betreffend die Abänderung des WPRG und der Verordnung vom 3. Juli 2007 betreffend die Abänderung der EPVO am 6. Juli 2007. Gemäss alt Art. 37 Abs. 3 WPRG und alt Art. 9 EPVO wurde ein Antragsteller zur mündlichen Eignungsprüfung auch zugelassen, wenn eine Arbeit der schriftlichen Prüfung nicht genügend war. Im Gegensatz dazu musste ein Kandidat der Zulassungsprüfung gemäss Art. 5 Abs. 1 WPRG i. V. m. Art. 9 ZPVO in beiden schriftlichen Arbeiten in jedem Fall eine genügende Note erzielen, um zur mündlichen Prüfung zugelassen zu werden.

⁶⁷ Der vorgenommene Vergleich zeigt auf, dass sowohl nach geltendem Recht als auch nach altrechtlichen Bestimmungen erhebliche Unterschiede bestehen, welche es rechtfertigen, bei der Bewilligungsvoraus-

setzung gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. g WPRG lediglich auf die Zulassungsprüfung abzustellen. Die individuelle Eignungsprüfung kann zwar im Einzelfall je nach Prüfungskandidat inhaltlich der Zulassungsprüfung entsprechen. Massgebend ist jedoch die unterschiedliche Zweckverfolgung. Somit ist eine Identität bzw. Gleichwertigkeit von Zulassungsprüfung und Eignungsprüfung zu verneinen. Damit erwies sich der Einwand des Antragstellers, dass die beiden Prüfungen bei teleologischer Auslegung des Art. 1 Abs. 2 Bst. g WPRG gleichzustellen seien, als unbegründet.

⁶⁸ Im Weiteren stützte sich der Antragsteller in seinem Antrag auf die Änderung des Wohnsitzerfordernisses für Schweizer Bürger gemäss der Vaduzer Konvention. Aufgrund des bis Juli 2007 geltenden Wohnsitzerfordernisses habe er damals nur die Eignungsprüfung absolvieren können. Vor dem Hintergrund der Vaduzer Konvention und dem Gegenrecht mit der Schweiz könne und konnte ein liechtensteinischer Bürger auch vor Juli 2007 in der Schweiz jederzeit als Wirtschaftsprüfer tätig werden. Aufgrund des Wegfalls des Wohnsitzerfordernisses ab Juli 2007 in Liechtenstein habe er deshalb – auch mit der Eignungsprüfung – Anspruch auf Erteilung einer Wirtschaftsprüferbewilligung gemäss Art. 1 Abs. 2 WPRG. Die Argumentation von FMA und WPV sei vor dem Hintergrund der Vaduzer Konvention und dem Gegenrecht mit der Schweiz nicht stichhaltig.

⁶⁹ Unter der Bezeichnung «Vaduzer Konvention» wird das Abkommen vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), LGBI. 2003 Nr. 189, verstanden. Die Vaduzer Konvention unterscheidet zwischen dem freien Personenverkehr im Kapitel VIII (Art. 20–22) und dem Niederlassungsrecht von Gesellschaften im Kapitel IX (Art. 23–27). Das «Liechtensteiner Protokoll» ist Bestandteil der Vaduzer

Konvention und regelt die wichtigsten Grundsätze des Personenverkehrs zwischen Liechtenstein und der Schweiz und enthält einen Zeitplan für deren Umsetzung (LGBL. 2003 Nr. 189, S. 243 ff.). Die konkrete Umsetzung der Grundsätze erfolgte mit zwei Notenaustauschen. Seit dem 1. Juni 2003 gewährt Liechtenstein den in Liechtenstein wohnhaften Schweizer Staatsangehörigen die Gleichstellung mit den in Liechtenstein wohnhaften EWR-Staatsangehörigen, soweit die betreffenden EU- bzw. EWR-Vorschriften Bestandteil der Vaduzer Konvention sind (vgl. erster Notenaustausch vom 30. Mai 2003, LGBL. 2003 Nr. 190). Die Gleichbehandlung betrifft grundsätzlich alle Lebensbereiche, sofern sie einen Bezug zur Personenfreizügigkeit haben. Mit dem am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen zweiten Notenaustausch vom 21. Dezember 2004 (LGBL. 2004 Nr. 311) erfolgte die Gleichstellung von Schweizer Staatsangehörigen mit den EWR-Staatsangehörigen ohne Wohnsitz in Liechtenstein. Dabei gilt es allerdings zu beachten, dass für natürliche und juristische Personen gewisse Vorbehalte in den Anhängen K und M der Vaduzer Konvention bestehen.

⁷⁰ Im Zuge der Abschaffung der Wohnsitzerfordernisse für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit aufgrund eines diesbezüglich eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens der EFTA-Überwachungsbehörde (ESA) wurde am 26. Juli 2007 einerseits Art. 1 Abs. 2 Bst. d WPRG dahingehend abgeändert, dass der Bewerber seinen Wohnsitz nicht mehr im Fürstentum Liechtenstein oder ein in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den EWR haben muss, sondern lediglich aufgrund seines Wohnsitzes in der Lage sein muss, seine Aufgaben tatsächlich und regelmässig zu erfüllen. Ebenfalls wurde damit einhergehend das Erfordernis des Wohnsitzes im Inland für die Zulassungsprüfung aufgehoben (Art. 4 Abs. 1 Bst. a WPRG).

⁷¹ Der Vorbehalt Liechtensteins im WPRG bezüglich der Anwendung der Vaduzer Konvention, namentlich des Ausschlusses von Schweizer Staatsangehörigen ohne Wohnsitz in Liechtenstein zur Zulassungsprüfung und zur inländischen Wirtschaftsprüferbewilligung, wurde somit erst im Juli 2007 mittels vorgenannter Änderungen im Zuge der EWR-rechtlichen Anpassungen durch den Gesetzgeber ebenfalls aufgehoben. Schweizer Staatsbürgern ist es somit erst seit Juli 2007 möglich, unter Berufung auf die Vaduzer Konvention die Zulassungsprüfung zu absolvieren und somit die inländische Wirtschaftsprüferbewilligung zu erhalten. Die vom Antragsteller vorgebrachte Argumentation betreffend Vaduzer Konvention und Gegenrecht mit der Schweiz war vor diesem Hintergrund nicht stichhaltig.

⁷² Schliesslich berief sich der Antragsteller auf die rückwirkende Anwendung von günstigeren Bestimmungen. Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen echter und unechter Rückwirkung. Echte Rückwirkung liegt vor, wenn neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses Rechts verwirklicht hat. Sie ist grundsätzlich unzulässig, weil Privaten keine Pflichten bzw. Belastungen auferlegt werden sollen, mit denen sie im Zeitpunkt der Verwirklichung des Sachverhalts nicht rechnen mussten. Dagegen sind begünstigende Erlasse, welche den Privaten nur Vorteile bringen, unbedenklich und daher zulässig. Jedoch darf die Rückwirkung begünstigender Erlasse nicht zu Rechtsungleichheiten führen oder Rechte Dritter beeinträchtigen. Ausserdem darf aus der Zulässigkeit dieser Rückwirkung nicht auf einen Anspruch auf Rückwirkung solcher Erlasse geschlossen werden. Ein solcher Anspruch besteht nur dann, wenn er vom Gesetz vorgesehen ist.

⁷³ Da vorliegend ein neues Recht auf einen Sachverhalt, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses Rechts verwirklicht hat, nämlich die erfolgreiche Ablegung der Eignungsprüfung durch den Antragsteller zur Ausübung der Wirtschaftsprüfertätigkeit im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassung in Liechtenstein, war eine echte Rückwirkung zu prüfen. Der Antragsteller ging davon aus, dass eine rückwirkende Anwendung der neuen Regelung den Vorteil mit sich bringen würde, dass für Schweizer automatisch eine Gleichstellung der Eignungs- und der Zulassungsprüfung erfolge und er somit ohne zusätzliche Absolvierung der Zulassungsprüfung eine inländische Wirtschaftsprüferbewilligung erhalte.

⁷⁴ Die Rückwirkung würde dem Antragsteller jedoch aufgrund der vorstehend dargelegten Argumente keinen Vorteil bringen, da die begünstigende Bestimmung nicht in einer Gleichstellung der Eignungs- und der Zulassungsprüfung, sondern in der Aufhebung des Wohnsitzerfordernisses für die Zulassungsprüfung gemäss Art. 4 WPRG besteht. Folglich müsste er auch bei einer Rückwirkung der Abschaffung des Wohnsitzerfordernisses die Zulassungsprüfung erfolgreich absolvieren, um eine Wirtschaftsprüferbewilligung gemäss Art. 1 Abs. 2 WPRG zu erhalten. Der Vollständigkeit halber war darauf hinzuweisen, dass die Abänderung des WPRG zudem keine Rückwirkung vorsieht. Damit einhergehend wurde ebenso auf eine Gleichstellung der von Schweizer Staatsangehörigen bereits erfolgreich abgelegten Eignungsprüfungen mit der Zulassungsprüfung abgesehen.

3.2.2.

Bewilligung als verantwortlicher Geschäftsführer einer Revisionsgesellschaft

⁷⁵ FMA, FMA-BK und VGH gingen – bis zur Änderung des WPRG (vgl. vorne Rz. 70) – gestützt auf Art. 1 Abs. 2 Bst. c und Bst. d WPRG davon aus, dass

der Geschäftsführer einer liechtensteinischen Revisionsgesellschaft Wohnsitz in Liechtenstein oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens haben musste und dass er Angehöriger eines dieser Staaten zu sein hatte. Gegen diese Praxis konnten auch nicht bilaterale Vereinbarungen zwischen der Schweiz und Liechtenstein vorgebracht werden (vgl. Urteil des VGH vom 1. Juni 2006, abgedruckt in der FMA-Praxis 2006, S. 108 ff.). Mit Urteil vom 26. Mai 2008 hat der StGH die genannten WPRG-Vorschriften als verfassungswidrig aufgehoben bzw. – was die frühere Fassung von Art. 1 Abs. 2 Bst. d WPRG betrifft – die Verfassungswidrigkeit festgestellt (vgl. sogleich). Aufgrund der neuen Rechtslage kann nun als Geschäftsführer einer Revisionsgesellschaft auch eine Person berufen werden, die ihren Wohnsitz in der Schweiz hat (und die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzt), sofern der (neue) Art. 1 Abs. 2 Bst. d WPRG erfüllt wird. Das haben sowohl FMA als auch VGH in nach dem 26. Mai 2008 ergangenen Entscheiden bestätigt.

⁷⁶ Das Urteil des Staatsgerichtshofs (StGH) vom 26. Mai 2008 erging auf Individualbeschwerde der Beschwerdeführer gegen das hiervor (Rz. 75) erwähnte Urteil des VGH vom 1. Juni 2006. Die Beschwerdeführer hatten beim StGH vorgebracht, «in ihren verfassungsmässig sowie durch die EMRK geschützten Rechten, konkret in ihren Ansprüchen auf Gleichbehandlung gemäss Art. 31 LV, dem Recht auf rechtsgenügeliche Begründung gemäss Art. 43 Satz 3 LV, dem Verbot der Benachteiligung gemäss Art. 14 EMRK, dem Recht auf Handels- und Gewerbefreiheit gemäss Art. 36 LV, auf jeden Fall in ihrem Recht auf willkürfreie Behandlung, analog Art. 31 Abs. 1 LV, verletzt worden zu sein. Im Kern führen sie aus, in ihrer Wirkung führten die gesetzlichen Bestimmungen des Art. 1 Abs. 2 Bst. c und d WPRG zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von Schweizer Staatsbürgern mit Wohnsitz in Liechten-

stein oder im EWR. Diese Unterscheidung sei durch keine rechtlich vernünftigen Argumente zu begründen. Die angefochtene Entscheidung berühre auch das Grundrecht der Handels- und Gewerbefreiheit der Beschwerdeführer, da diese durch die vorliegende Entscheidung daran gehindert würden, aufgrund der Nichtzulassung des Beschwerdeführers zu 1. als Geschäftsführer der [...] diese Freiheit auszuüben.» (Erw. 6 des Urteils)

⁷⁷ In seiner Urteilsbegründung hielt der StGH zunächst fest, das angefochtene Urteil des VGH, welches die Verweigerung einer Bewilligung als verantwortlicher Geschäftsführer einer liechtensteinischen Revisionsgesellschaft geschützt hatte, sei gesetzmässig. Auch widerspreche es nicht dem Staatsvertragsrecht; jedenfalls beruhe es auf einer vertretbaren Auslegung desselben. Namentlich die Anwendung der Vaduzer Konvention (vgl. dazu vorne Rz. 69 ff.) durch den VGH könne nicht bemängelt werden. Zu Recht habe der VGH auf Vorbehalte verwiesen, die Liechtenstein in Übereinstimmung mit der Konvention dieser gegenüber angebracht hatte (betreffend Investition und Dienstleistungen). Der StGH wörtlich (Erw. 3.bb):

«Damit hat sich Liechtenstein – wie der Verwaltungsgerichtshof zutreffend schliesst – unter anderem vorbehalten, die anderen EFTA-Mitgliedstaaten insoweit zu diskriminieren, als die Geschäftsführung einer liechtensteinischen Revisionsgesellschaft nur von einem Liechtensteiner mit Wohnsitz in Liechtenstein und eben nicht von einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates mit Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat wahrgenommen werden kann. Diese Schlussfolgerung des Verwaltungsgerichtshofes beruht auf einer vertretbaren Auslegung der «Vaduzer Konvention». Der Verwaltungsgerichtshof unterstreicht seine Rechtsauffassung

unter Bezugnahme auf die gleiche Interpretation der Vaduzer Konvention durch die Landesregierung, wie sie in der Orientierung des Landtages durch die Regierungschef-Stellvertreterin, Rita Kieber-Beck, vom 17. Dezember 2004 (Information der Regierung zur Phase II des Protokolls betreffend den freien Personenverkehr zwischen der Schweiz und Liechtenstein [Vaduzer Konvention], Traktandum 23c, Landtagsprotokoll vom 17. Dezember 2004, 2318 ff.) zum Ausdruck gebracht wurde. Demnach interpretierte auch die Regierung die Vaduzer Konvention so, dass das Niederlassungsrecht für juristische Personen nicht Bestandteil der Vereinbarungen im Rahmen der Vaduzer Konvention sei und ein schweizerischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in der Schweiz zwar in Liechtenstein eine Einzelunternehmung gründen, aber kein Geschäftsführermandat in einer juristischen Person übernehmen könne. Ebenso hätten schweizerische Staatsangehörige im Bereich des Wirtschaftsprüfergesetzes den gleichen Berufszugang wie EWR-Angehörige, sofern es sich dabei um natürliche Personen handele (Landtagsprotokoll vom 17. Dezember 2004, 2319 und 2321). Die Diskriminierung der anderen Mitgliedstaaten bezüglich der Geschäftsführung von Revisionsgesellschaften bleibe somit auch nach der vollständigen Umsetzung des bilateralen Protokolls zwischen der Schweiz und Liechtenstein über den Personenverkehr unverändert bestehen.»

⁷⁸ Im Folgenden stellte sich dem StGH die Frage, ob das Urteil des VGH auch verfassungsmässig sei. Die Beschwerdeführer hatten insbesondere vorgebracht, das Erfordernis der Wohnsitznahme in Liechtenstein widerspreche dem Gleichheitssatz, sei willkürlich, verstosse gegen Art. 43 LV (Begründungspflicht) und stehe im Widerspruch zur Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 36 LV). Soweit die Beschwerde-

fürer eine Ungleichbehandlung mit Angehörigen der EWR-Staaten rügten, drangen sie mit ihren Vorbringen beim StGH nicht durch. Dieser führte aus (Erw. 5):

«Es ist durchaus zulässig im Staatsvertragsrecht mit verschiedenen Staaten unterschiedliche Integrationsgrade vorzusehen. Demnach ist es, worauf der Verwaltungsgerichtshof zu Recht hinweist, nicht von vornherein unzulässig, Bürger und Bürgerinnen mit der Staatsangehörigkeit von EWR-Staaten anders zu behandeln als Schweizer (zu dieser Erwägung BGer 2A.351/2006 E. 2.2.4: «Es liegt gerade im Wesen eines Freizügigkeitsabkommens, dass Angehörige der Vertragsstaaten gegenüber solchen aus Drittstaaten bevorzugt behandelt werden (vgl. BGE 129 II 249 E. 4.1 S. 259). Solche Abkommen verstossen deswegen nicht gegen das Gleichheitsgebot.» Dem Fürstentum Liechtenstein steht es auch offen, mit den EFTA-Staaten Freizügigkeitsgrade auszuhandeln, die von dem Ausmass der Freizügigkeit, das mit EWR-Staaten vereinbart wurde, abweichen. Diese getroffenen Differenzierungen müssen aber mit dem Gleichheitsgebot und dem Willkürverbot im Einklang stehen.»

⁷⁹ Bezüglich des Willkürverbots hielt der StGH fest, dieses werde nicht beachtet, wenn sich für eine Differenzierung von Regelungen in den zu normierenden Verhältnissen keinerlei Hinweise für eine unterschiedliche Behandlung ergeben und sie sinn- oder zwecklos oder in sich widersprüchlich sind. Diese Kriterien seien auch im völkerrechtlichen Kontext zu beachten. Zur Rechtfertigung einer Diskriminierung im vorliegenden Fall wird festgehalten (Erw. 5):

«Rechtfertigungsgründe müssen umso höheren Anforderungen genügen, je schwerwiegender

sich eine gesetzliche Differenzierung auswirkt. Schon der Nationalitätsvorbehalt wirkt sich vorliegend praktisch wie ein Verbot aus. Auch das Wohnsitzerfordernis in der bis zum 26. Juli 2007 geltenden Fassung allein hat diese Wirkung gehabt, da ein Zuzug wegen der Sonderlösung im Rahmen des EWR-Abkommens praktisch unmöglich gewesen ist. Das inzwischen durch LGBl. 2007 Nr. 180 modifizierte Wohnsitzerfordernis steht jetzt für sich allein betrachtet der Zulassung des Beschwerdeführers nicht mehr im Wege. Es bleibt indessen noch das Erfordernis des liechtensteinischen Landesbürgerrechts gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. c WPRG in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 Bst. c WPRG.»

Nach Auffassung des Staatsgerichtshofes lässt es sich nicht begründen, dass natürliche Personen mit der Staatsbürgerschaft eines EFTA-Landes, im vorliegenden Fall mit schweizerischer Staatsbürgerschaft, wie der Beschwerdeführer zu 1., zwar als Wirtschaftsprüfer in Liechtenstein tätig sein dürfen, eine Unternehmung in der Rechtsform der Einzelfirma gründen und betreiben dürfen, Personal einstellen dürfen, aber dies im Gegensatz zu Liechtensteinern und allen Staatsangehörigen eines EWR-Staates nicht in der Form einer juristischen Person tun dürfen und auch nicht als Geschäftsführer einer juristischen Person tätig sein können. Dies jedenfalls in wirtschaftlich, gesellschaftlich und ökologisch gesehen normalen Zeiten, d. h. namentlich in solchen Zeiten, die keine Schutzmassnahmen gemäss Protokoll betreffend den freien Personenverkehr zwischen der Schweiz und Liechtenstein vom 21. Juni 2001 Gliederungspunkt A, 1.4 rechtfertigen. Nach Auffassung des Staatsgerichtshofes liegt hier eine Unterscheidung vor, für die ein sachlicher Grund in den zu regelnden Verhältnissen fehlt. Für diese Unterscheidung

ist insbesondere auch ein öffentliches Interesse nicht erkennbar.»

⁸⁰ Im Einzelnen verwirft der StGH Argumente des Schutzes vor Konkurrenz sowie der Durchsetzung strafrechtlicher Verantwortlichkeit und von zivilrechtlichen Haftungsansprüchen. Bezüglich der Vaduzer Konvention hob er im Licht einer Gesamtwürdigung derselben hervor, dass die seinerzeit vorgesehenen Ausnahmen «nicht auf Dauer gedacht waren». Zusammenfassend gelangte der StGH zum Ergebnis, dass die auf die fraglichen Bestimmungen gestützte Nichtzulassung des Beschwerdeführers zu 1. als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin zu 2. sachlich nicht mehr begründet werden konnte. Wegen Verletzung von Art. 31 LV hob der StGH daher Art. 1 Abs. 2 Bst. c WPRG (in der im Urteilszeitpunkt geltenden Fassung) auf, und er stellte fest, dass Art. 1 Abs. 2 Bst. d WPRG (frühere Fassung) verfassungswidrig gewesen ist (vgl. Kundmachung der Regierung vom 10. Juni 2008 betreffend dieses Urteil des StGH; LGBL. 2008 Nr. 150.).

3.2.3.

Wechsel des verantwortlichen Geschäftsführers einer Revisionsgesellschaft

⁸¹ Die FMA hat sich regelmässig mit Gesuchen zu befassen, in denen ein Wechsel des verantwortlichen Geschäftsführers einer Revisionsgesellschaft nach Art. 21 Abs. 1 Bst. c WPRG beantragt wird. Die FMA bewilligt einen solchen Wechsel, wenn die entsprechenden Voraussetzungen gemäss Art. 21 Abs. 1 Bst. c WPRG i. V. m. Art. 1 Abs. 2 Bst. a bis h WPRG auf Seiten der als neuer verantwortlicher Geschäftsführer vorgesehenen Person erfüllt sind. Ist das nicht der Fall, wird dem Antrag nicht stattgegeben.

⁸² Neben den Anforderungen nach Art. 1 Abs. 2 WPRG wird im Rahmen von Art. 21 Abs. 1 Bst. c WPRG vorausgesetzt, dass die fragliche Person das Kriterium der hauptberuflichen Leitung der Tätigkeiten nach Art. 7 WPRG und demzufolge der Zeichnung als verantwortlicher Geschäftsführer («Konzessionsträger») erfüllt. Die FMA verneint das Vorliegen dieser Voraussetzung, wenn die beantragte Person bereits in zwei Treuhandgesellschaften als verantwortlicher Geschäftsführer tätig ist. Die Vereinbarkeit dieser spezialgesetzlichen Geschäftsführungsmandate nach TrHG mit einer zusätzlichen Tätigkeit als verantwortlicher Geschäftsführer in einer Revisionsgesellschaft galt es sowohl aus Sicht des WPRG als auch des TrHG zu beurteilen.

Bewilligungsvoraussetzungen nach WPRG und TrHG

⁸³ Eine Bewilligung zur geschäftsmässigen Ausübung der in Art. 7 WPRG genannten Tätigkeiten durch eine juristische Person kann durch die FMA nur dann erteilt werden, wenn sowohl die Voraussetzungen gemäss Art. 21 Abs. 1 WPRG hinsichtlich der juristischen Person selbst als auch jene hinsichtlich der Verwaltung der juristischen Person nach Art. 21 Abs. 1 Bst. c WPRG erfüllt sind. Namentlich ist erforderlich, dass der verantwortliche Geschäftsführer dieser juristischen Person hauptberuflich tätig ist.

⁸⁴ Das TrHG kennt bezüglich der Bewilligungsvoraussetzungen eine dem WPRG verwandte Lösung. Gemäss Art. 31 Abs. 1 TrHG erteilt die FMA lediglich dann eine Bewilligung zur geschäftsmässigen Ausübung der in Art. 7 TrHG genannten Tätigkeiten durch eine juristische Person, wenn neben anderen Voraussetzungen der verantwortliche Geschäftsführer dieser juristischen Person hauptberuflich tätig ist (Art. 31 Abs. 1 Bst. b TrHG).

Auslegung des Kriteriums der Hauptberuflichkeit

Gesetzliche Grundlagen

⁸⁵ Obgleich sowohl das WPRG in Art. 21 Abs. 1 Bst. c als auch das TrHG in Art. 31 Abs. 1 Bst. b den Begriff der Hauptberuflichkeit verwenden, enthält keines der beiden Gesetze eine Legaldefinition des Begriffs. Das TrHG kennt jedoch eine Bestimmung (Art. 1b Abs. 4 TrHG), in welcher die möglichen Varianten der Ausübung des Treuhänderberufes aufgeführt werden. Demnach ist es möglich, den Beruf des Treuhänders entweder als natürliche Person und als verantwortlicher Geschäftsführer einer juristischen Person oder lediglich als verantwortlicher Geschäftsführer in zwei juristischen Personen auszuüben. Das WPRG enthält keine solche Bestimmung. Darüber hinaus sind weder im WPRG noch im TrHG weitere Anhaltspunkte zum Begriff der Hauptberuflichkeit vorhanden. Lediglich in Bezug auf das ebenfalls durch die FMA zu vollziehende Gesetz über die Vermögensverwaltung (VVG) ist eine Ausschlussregel im WPRG und im TrHG zu finden, wonach sowohl gemäss Art. 48a WPRG als auch Art. 31 Abs. 2a TrHG eine Tätigkeit als Geschäftsführer einer Vermögensverwaltungsgesellschaft der Hauptberuflichkeit gemäss WPRG und TrHG nicht entgegensteht.

⁸⁶ Unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten betreffend Hauptberuflichkeit und übrige freie Berufe ergibt sich Folgendes: Das Gesetz über die Patentanwälte (PAG) enthält eine dem WPRG analoge Ausgestaltung des Hauptberuflichkeitskriteriums. Insbesondere enthält es neben Art. 27 Abs. 1 Bst. b PAG keine weitere Regelung oder Definition der Hauptberuflichkeit. Zudem wurde auch hier eine Ausnahmeregelung hinsichtlich des VVG explizit verankert (Art. 49a PAG). Am 27. Juli 2007 trat das Abänderungsgesetz zum Gesetz über die Rechtsanwälte (RAG) in Kraft, welches neu die Möglichkeit der

Schaffung von Rechtsanwaltsgesellschaften (in Form von juristischen Personen) vorsieht. Das RAG enthält aber kein eigentliches Hauptberuflichkeitserfordernis, wie es das WPRG, TrHG oder PAG kennen. Dennoch ist eine Restriktion in der Hinsicht vorgesehen, dass ein Gesellschafter gemäss Art. 10c Abs. 4 RAG nur Mitglied einer Rechtsanwaltsgesellschaft sein darf. Im Unterschied zu WPRG, TrHG und PAG sieht das RAG keine explizite Regelung hinsichtlich des VVG vor. Als Fazit kann festgestellt werden, dass das WPRG und das PAG inhaltlich identische Anforderungen hinsichtlich der Hauptberuflichkeit enthalten. Diese Feststellung ist insbesondere bezüglich der nachfolgend aufgeführten Rechtsprechung von Bedeutung.

Rechtsprechung

⁸⁷ Im Entscheid vom 15. März 1995, VBI 1993/8, LES 4/95, S. 134, wird ausgeführt, dass unter Bezugnahme auf das PAG «Bewilligungen zur geschäftsmässigen Ausübung der in Art. 8 [PAG] aufgeführten Tätigkeiten [...] an juristische Personen erteilt [werden], wenn u. a. in der Verwaltung dieser juristischen Person eine natürliche Person als Geschäftsführer hauptberuflich tätig [sei], die gemäss diesem Gesetz berechtigt [sei], die in Art. 8 [PAG] aufgeführten Tätigkeiten geschäftsmässig auszuüben. Hauptberuflich [könne] ein Geschäftsführer jedoch nur in einer juristischen Person tätig sein, insbesondere, wenn er daneben noch einer selbständigen Tätigkeit [nachgehe].» Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kenne lediglich das TrHG. Im erwähnten Urteil wird hierzu Folgendes ausgeführt: «Lediglich im TrHG [...] [sei] in Art. 31 Abs. 2 bestimmt, dass Rechtsanwälte und Personen, die die Voraussetzungen gemäss Art. 1 [TrHG] erfüllen, als verantwortliche Geschäftsführer in zwei juristischen Personen tätig sein können, dies, obwohl in [Art. 31] Abs. 1 lit. b [TrHG] ebenfalls die Hauptberuflichkeit des Geschäftsführers gefordert [sei]. Art. 31 Abs. 2 [TrHG]

[sei] daher als Ausnahmeregelung zum Grundsatz der Hauptberuflichkeit zu verstehen, die sich aufgrund der gleichgerichteten Tätigkeit [rechtfertige]. Eine derartige Ausnahmeregelung [sei] im Übrigen im PAG nicht enthalten.»

⁸⁸ Im Entscheid vom 17. April 1998, VBI 1997/115, wird das erwähnte Urteil insoweit bekräftigt, als es erneut festhält, dass ein Geschäftsführer grundsätzlich nur in einer juristischen Person tätig und nicht in einer weiteren Gesellschaft verantwortlicher Geschäftsführer sein könne. «[...] Jedoch [werde] die Verbindung eines Treuhandunternehmens und eines Patentanwaltonternehmens in einer juristischen Person mit nur einem Geschäftsführer, der über beide Bewilligungen [verfüge]», als «durchaus möglich» angesehen. Schliesslich wurde ausgeführt, dass mit «hauptberuflich» die Verwaltungstätigkeit der Gesellschaft und somit «die Führung und Organisation einer juristischen Person» gemeint sei, «welche sehr wohl zwei unterschiedliche Zwecke [...] ausüben» könne. Die Funktion eines hauptberuflichen Geschäftsführers einer Gesellschaft dürfe nicht mit der «materiellen» Tätigkeit eines freien Berufes verwechselt werden.

Rechtsanwendung durch die FMA

⁸⁹ Die FMA berücksichtigt bei Bewilligungsgesuchen bezüglich verantwortlicher Geschäftsführer gestützt auf die einschlägigen gesetzlichen Grundlagen und auf die Rechtsprechung folgende Grundsätze:

1. ⁹⁰ WPRG (und PAG)

Das Kriterium der Hauptberuflichkeit gemäss Art. 31 WPRG (und gemäss Art. 27 PAG) ist so auszulegen, dass die Tätigkeit als verantwortlicher Geschäftsführer gemäss WPRG (bzw. PAG) lediglich in einer juristischen Person ausgeübt werden darf. Eine weitere Tätigkeit als verantwortlicher Geschäftsführer ist grundsätz-

lich nicht zulässig. Somit ist es nicht möglich, z. B. zusätzlich als verantwortlicher Geschäftsführer in einer Treuhandgesellschaft tätig zu sein. Lediglich hinsichtlich des VVG enthält Art. 48a WPRG hierzu eine Ausnahmeregelung (Art. 49a PAG enthält eine analoge Ausnahmeregelung). Demnach darf ein verantwortlicher Geschäftsführer im Sinn des WPRG (bzw. PAG) aufgrund der gesetzlichen Regelung in maximal zwei Vermögensverwaltungsgesellschaften qualifizierter Geschäftsführer sein.

2. ⁹¹ TrHG

Das TrHG wird bezüglich des Hauptberuflichkeitskriteriums als Ausnahmetatbestand wahrgenommen, weil es die explizite Regelung vorsieht, als verantwortlicher Geschäftsführer in zwei juristischen Personen gemäss TrHG tätig zu sein (Art. 1b Abs. 4 Bst. b TrHG). Eine weitere, darüber hinausgehende Tätigkeit als verantwortlicher Geschäftsführer ist vor diesem Hintergrund nicht zulässig. Jedoch gilt auch hier, wie bereits bezüglich des WPRG festgestellt, eine Ausnahmeregelung hinsichtlich des VVG (vgl. Art. 31 Abs. 2a TrHG).

3. ⁹² Zweckmischungen

Die Regelung des WPRG (und des PAG), nur verantwortlicher Geschäftsführer in einer juristischen Person zu sein, steht der Möglichkeit einer Zweckmischung bestimmter bewilligungspflichtiger Tätigkeiten nicht im Weg. So ist es beispielsweise denkbar, eine Bewilligung nach WPRG (bzw. PAG) und TrHG in dieselbe juristische Person einzubringen. Das TrHG sähe zwar die Möglichkeit vor, dass eine natürliche Person verantwortliche Geschäftsführerin zweier juristischer Personen ist, aus Sicht des WPRG (und des PAG) ist dies aber nicht möglich, weshalb die Tätigkeit nach WPRG (bzw. PAG)

und TrHG in gemischter Form nur in einer juristischen Person zulässig ist.

4. ⁹³ Natürliche Person

Neben der Tätigkeit als verantwortlicher Geschäftsführer einer juristischen Person besteht ebenfalls die Möglichkeit, jede weitere bewilligungspflichtige Tätigkeit – sofern gesetzlich vorgesehen – als natürliche Person auszuüben. Eine erwähnenswerte Ausnahme stellt in diesem Zusammenhang jene des TrHG dar, wonach das Tätigwerden einer natürlichen Person dann nicht zulässig ist, wenn diese bereits verantwortliche Geschäftsführerin zweier juristischer Personen im Sinn des TrHG ist.

5. ⁹⁴ «nicht qualifizierte» Tätigkeiten

Wie bereits hiervor unter 1.) und 2.) erwähnt, ist eine zusätzliche bewilligungspflichtige Tätigkeit als verantwortlicher Geschäftsführer in einer anderen juristischen Person nicht statthaft. Hingegen ist es denkbar, «nicht qualifizierte» Tätigkeiten z. B. im Rahmen der Übernahme eines Verwaltungsratsmandates in weiteren juristischen Personen wahrzunehmen.

⁹⁵ Wie eingangs ausgeführt, setzt eine Bewilligung des Wechsels des verantwortlichen Geschäftsführers einer Revisionsgesellschaft die Erfüllung der in Art. 21 Abs. 1 Bst. c i. V. m. Art. 1 Abs. 2 WPRG genannten Kriterien voraus. Dazu gehört namentlich das erfolgreiche Absolvieren der Zulassungsprüfung nach Art. 1 Abs. 2 Bst. g i. V. m. Art. 4 bis Art. 6 WPRG. Gestützt auf ihre Praxis (vgl. vorne Rz. 56 ff.) verneint die FMA die Erfüllung dieser Voraussetzung auch im Zusammenhang mit einem beantragten Wechsel des verantwortlichen Geschäftsführers, wenn die fragliche Person nicht die Zulassungsprüfung, sondern eine Eignungsprüfung (für Wirtschaftsprüfer aus dem Ausland) absolviert hat. Die FMA lehnt die Feststellung der Identität bzw. Gleichstellung einer solchen Eignungsprüfung mit der inländischen Zulassungsprüfung ab.

INTERNATIONALE AMTSHILFE

4. INTERNATIONALE AMTSHILFE

4.1.

Amtshilfe im Rahmen des Marktmissbrauchsgesetzes (MG)

4.1.1.

Grundlage der Amtshilfe und Geltungsbereich des MG

⁹⁶ Mit dem Inkrafttreten des Marktmissbrauchsgesetzes (MG) am 1. Februar 2007 wurde die Amtshilfe auf dem Gebiet des Handels mit Finanzinstrumenten (vor allem Insiderhandel) völlig neu – und gegenüber Art. 36 BankG speziell – geregelt. Insbesondere wurde die Zusammenarbeit mit zuständigen Behörden anderer EWR-Vertragsstaaten auf eine neue Grundlage gestellt (Art. 13 bis Art. 17 MG). Gleiches gilt für die Zusammenarbeit mit zuständigen Behörden von Drittstaaten (Art. 18 MG). Mit Urteil vom 31. Mai 2007 (VGH 2007/32; LES 3/07, S. 342) hat der Verwaltungsgerichtshof grundlegende Ausführungen zur Amtshilfe gestützt auf das neue MG gemacht. Diese dienen nunmehr als Leitlinien für die Praxis der FMA, und sie sind durch den VGH zwischenzeitlich auch bestätigt worden. Als Grundsatz gilt danach, «dass die FMA mit den zuständigen Behörden der anderen Mitgliedsstaaten zusammenarbeitet (Art. 13 Abs. 1 MG) und den zuständigen Behörden anderer Mitgliedsstaaten Amtshilfe leisten muss (Art. 13 Abs. 2 MG), dies auch durch den Austausch von Informationen (Art. 13 Abs. 3 MG). Konkreter muss die FMA, vorbehaltlich Art. 14 MG, den zuständigen Behörden der anderen Mitgliedsstaaten auf deren Ersuchen alle Informationen übermitteln, die zur Bekämpfung des Marktmissbrauchs notwendig sind (Art. 16 Abs. 2 MG).» (VGH, a. a. O., Erw. 8)

⁹⁷ Die Zusammenarbeit mit den zuständigen ausländischen Behörden zum Zweck der Bekämpfung

von Marktmissbrauch ist in den Art. 13 ff. MG geregelt. Diese spezialgesetzlichen Bestimmungen gehen im Bereich der Marktmissbrauchsbekämpfung den Amtshilferegulungen anderer finanzmarktaufsichtlicher Gesetze vor. Gemäss Art. 18 Abs. 2 MG hat die FMA vorbehaltlich Art. 14 MG auch den zuständigen Behörden von Drittstaaten auf deren Ersuchen alle Informationen zu übermitteln, die zur Bekämpfung des Marktmissbrauchs notwendig sind. Als diesbezügliche Voraussetzung haben die beschäftigten und beauftragten Personen der zuständigen Behörde des Drittstaates einer Art. 11 MG gleichwertigen Verschwiegenheitspflicht zu unterliegen. Gemäss Gesetz vom 26. Juni 2008 über die Abänderung des Marktmissbrauchsgesetzes (MG), ausgegeben am 26. August 2008, LGBL. Nr. 225, gilt dieses Gesetz für den börslichen oder ausserbörslichen Handel mit jedem Finanzinstrument, das an einem überwachten Markt gehandelt wird oder für das ein entsprechender Antrag auf Zulassung zum Handel an einem überwachten Markt gestellt wurde (vgl. Art. 2 Abs. 1 MG). Nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 9 MG sind Finanzinstrumente alle Instrumente, die an einem überwachten Markt gehandelt werden oder für die ein Antrag auf Zulassung zum Handel auf einem solchen Markt gestellt wurde. Ein überwachter Markt ist nach Art. 3 Abs. 1 Bst. m MG «ein Markt, an dem Finanzinstrumente gehandelt werden und der von staatlichen Stellen überwacht wird, regelmässig stattfindet und der Öffentlichkeit direkt oder indirekt zugänglich ist». Nach den Übergangsbestimmungen findet das neue Recht auf Amtshilfeverfahren Anwendung, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes hängig sind.

⁹⁸ Da das MG in seinem Anwendungsbereich anderen Aufsichtsgesetzen vorgeht, kann insbesondere nicht geltend gemacht werden, dass das Bankgeheimnis der

Gewährung von Amtshilfe entgegenstehe. Diese Folgerung ergibt sich überdies aus Art. 14 Abs. 2 BankG, welche Bestimmung die Zusammenarbeit mit anderen Aufsichtsbehörden ausdrücklich vorbehält.

4.1.2.

Voraussetzungen der Gewährung von Amtshilfe nach MG

4.1.2.1.

Zuständigkeit der ersuchenden ausländischen Behörde

⁹⁹ In der Grundsatz-Bestimmung (Art. 13) hält das MG an mehreren Stellen fest, dass die Amtshilfe gegenüber den «zuständigen Behörden» der anderen EWR-Staaten zu leisten sei. Das MG «dient der Bekämpfung von Insidergeschäften und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) und bezweckt die Sicherstellung der Integrität der Finanzmärkte und des Vertrauens der Öffentlichkeit in Finanzinstrumente» (Art. 1 Abs. 1 MG). In Liechtenstein ist die FMA zuständig, den Vollzug des MG und der dazu erlassenen Verordnungen zu überwachen (Art. 9 MG). In den anderen EWR-Vertragsstaaten – sowie in Drittstaaten (Art. 18 Abs. 2 MG) – liegt die Aufsichtszuständigkeit bei jenen Behörden, die aufgrund der jeweiligen nationalen Marktmissbrauchsbestimmungen zu dieser Aufsicht berufen sind. Die für die Überwachung von Marktmissbräuchen zuständigen Finanzmarkt-Aufsichtsbehörden sind in der Regel zumindest mit der Erfüllung folgender Aufgaben betraut:

- die Überwachung des börslichen und ausserbörslichen Handels im Hinblick auf allfälligen Missbrauch von Insiderinformationen oder Marktmanipulation;

- die Überprüfung der Einhaltung der gesetzlichen Publizitätsvorschriften seitens der Emittenten («ad hoc»-Publizität);
- die Überprüfung der Einhaltung der Meldevorschriften für meldepflichtige Marktteilnehmer (Verdachtsmeldung);
- die Einhaltung der Meldepflichten der Mitglieder des Geschäftsleitungs- oder Aufsichtsratsorgans eines Emittenten sowie gegebenenfalls in enger Beziehung zu ihnen stehender Personen (Directors' Dealings);
- die Überprüfung der sachgerechten Erstellung und Darbietung von Finanzanalysen.

Verfügt eine ausländische Behörde über diesbezügliche gesetzliche Kompetenzen, so ist sie berechtigt, im Rahmen des MG an die FMA ein Amtshilfegesuch zu richten.

4.1.2.2.

Erforderlichkeit der nachgesuchten Information(en)

¹⁰⁰ Die Übermittlung aufsichtsrelevanter Informationen an zuständige ausländische Behörden setzt voraus, dass die betreffenden Informationen «zur Bekämpfung des Marktmissbrauchs notwendig sind» (Art. 16 Abs. 2 Satz 1 MG: Informationsaustausch mit EWR-Behörden; Art. 18 Abs. 2 Bst. a: Amtshilfe gegenüber Drittstaaten). Dabei ist von einem weiten, umfassenden Auftrag der in- und ausländischen Behörden zur Beaufsichtigung des Marktgeschehens auszugehen. Die FMA hat in diesem Zusammenhang festgehalten:

«An diesem breiten Überwachungsauftrag ist zu messen, welche Informationen für die zuständige Behörde für die Bekämpfung des Marktmissbrauchs notwendig sind. Insbesondere ist zu beachten, dass Marktmissbrauchsdelikte eine

andere Struktur als gemeinrechtliche Delikte haben. Anders als bei gemeinrechtlichen Delikten ist zur Untersuchung von Marktmissbräuchen die Kenntnis der Identität des Verdächtigen unerlässlich, weil nur dann erhoben werden kann, ob der Verdächtige einen verpönten Einfluss ausüben konnte (Marktmanipulation) oder über vertrauliche Informationen verfügte (Insiderhandel). Je nach Eigenschaft und Wissen des Kunden kann eine Transaktion nämlich erlaubt sein oder aber einen Marktmissbrauch darstellen.»

¹⁰¹ Im Zusammenhang mit der Überprüfung der «Notwendigkeit» einer Information hat der VGH unterstrichen, betroffenen Personen müsse es zwar erlaubt sein, das Fehlen derselben geltend zu machen. Das führe aber nicht zu einer Verpflichtung der FMA, über die Opportunität des ausländischen Verfahrens zu befinden. Vielmehr obliege es nur der ausländischen ersuchenden Behörde, die Frage des Vorliegens eines verbotenen Insiderhandels oder einer verbotenen Marktmanipulation zu prüfen. Die FMA habe – lediglich – das Vorliegen eines Ablehnungsgrundes gemäss Art. 14 Abs. 2 MG zu prüfen (dazu im Einzelnen hiernach). Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass die Erforderlichkeit einer Information letztlich nur dann bestritten werden kann, wenn die Übermittlung einer solchen einen der in Art. 14 Abs. 2 MG umschriebenen Tatbestände erfüllen würde.

¹⁰² In einem zu beurteilenden Fall ging es um die Überwachung des börslichen Handels im Hinblick auf einen allfälligen Verstoß gegen das Marktmanipulationsverbot sowie das Insiderhandelsverbot. Es war zu prüfen, ob die von der zuständigen Behörde gewünschten Informationen im Sinn von Art. 18 Abs. 2 MG notwendig waren. Zur Überwachung des Insiderhandels- und Marktmanipulationsverbots analysieren die zuständigen Behörden routine-

mässig das Handelsgeschehen anhand der Daten über sämtliche Geschäfte in Finanzinstrumenten, welche Börsenunternehmen, Kredit- oder sonstige Finanzdienstleistungsinstitute der Behörde melden müssen. Meist wertet die zuständige Behörde auch alle Ad-hoc-Mitteilungen börsenkotierter Unternehmen aus und geht Hinweisen Dritter nach. Ergeben sich im Rahmen dieser Analyse Auffälligkeiten, ermittelt die zuständige Behörde, wer Auftraggeber – bzw. Vertragspartner (Kunde) oder wirtschaftlich Berechtigter oder sonstwie zur Auftragserteilung Berechtigter – der verdächtigen Geschäfte war. Erhärtet sich in der Folge ein Verdacht, erstattet die zuständige Behörde Anzeige bei der zuständigen Strafbehörde oder leitet – falls hierzu kompetent – ein Verwaltungsstrafverfahren ein. Die Kenntnis der Identität des Auftraggebers bzw. des Vertragspartners (Kunde), des wirtschaftlich Berechtigten oder des sonstwie zur Auftragserteilung Berechtigten, für den eine Transaktion durchgeführt wurde, bzw. des Auftraggebers, der die Transaktion in Auftrag gegeben hat, ist somit für die ersuchende Behörde essentiell.

4.1.2.3.

Prinzip der Ausschliesslichkeit oder Spezialität

¹⁰³ Art. 16 Abs. 4 sowie Art. 18 Abs. 6 MG schreiben vor, dass von anderen Staaten erhaltene oder durch die FMA ins Ausland gelieferte Informationen «ausschliesslich zur Bekämpfung des Marktmissbrauchs sowie in mit der Erfüllung dieser Aufgaben verbundenen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren [zu] verwenden» sind. Hierbei handelt es sich um einen Fundamentalgrundsatz der internationalen Amtshilfe. Die FMA verbindet die Übermittlung von Informationen an ausländische Behörden mit der Auflage, das Prinzip der Ausschliesslichkeit zu beachten. Gleichzeitig wird die ausländische Behörde angehalten, die übermittelten Informationen innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs nur Personen zugänglich zu

machen, die dem Amts- bzw. Berufsgeheimnis unterstellt sind. Eine Weiterleitung der Informationen zu anderen Zwecken oder an zuständige Behörden anderer Staaten ist ohne vorgängige Zustimmung der FMA nicht gestattet (sogenanntes Prinzip «der langen Hand»). Gemäss Art. 16 Abs. 4 letzter Satz MG (sowie Art. 18 Abs. 6 letzter Satz: im Verhältnis zu Drittstaaten) hat eine solche etwaige Zustimmung der FMA in Form einer Verfügung zu ergehen.

¹⁰⁴ Im vorerwähnten Sinn ist die US-amerikanische SEC zulässige Adressatin von amtshilfeweise auszutauschenden Informationen. Nach Title 15 – Chapter 2B – § 78x U. S. Code i. V. m. Title 5 – Part I – Chapter 5 – Subchapter II – § 552 (b) FOIA (Freedom of Information Act) bzw. 17 C. F. R. § 240.0-4 (Non-disclosure of information obtained in examinations and investigations) ist jede Person, die diesem Gesetz untersteht, zur Geheimhaltung in Bezug auf alle Informationen, Fakten und Aufzeichnungen, die sie aufgrund dieses Gesetzes, den Regulatorien oder früheren Erlassen erhalten hat oder die ihr bereitgestellt wurden, verpflichtet, ausser die Weitergabe wird von diesem Gesetz erlaubt. Die bei der SEC beschäftigten Personen unterstehen somit einer Art. 11 MG gleichwertigen Verschwiegenheitspflicht im Sinn von Art. 18 Abs. 2 Bst. b MG.

4.1.2.4.

Verhältnismässigkeit der Amtshilfe

4.1.2.4.1.

Allgemeines

¹⁰⁵ Wie jedes Verwaltungshandeln muss auch die Amtshilfe verhältnismässig sein. Dabei ist die Verhältnismässigkeit im Rahmen des MG nicht nach möglichen abstrakten Kriterien zu prüfen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzes selbst. Diesbezüglich hat nämlich – so der VGH – der Gesetzgeber bereits eine

Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen: durch die Verabschiedung von Art. 14 Abs. 2 und Art. 16 Abs. 2 MG. Bei Notwendigkeit der Übermittlung von Informationen sind diese ohne weiteres zu liefern – es sei denn, ein Ablehnungsgrund nach Art. 14 Abs. 2 MG liege vor. Da der Katalog der letzteren Bestimmung restriktiv formuliert ist, geht es nicht an, unter dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit weitere (Ablehnungs-) Gründe zu formulieren. Auf eine Kurzformel gebracht, könnte man sagen: Unverhältnismässig wäre die Leistung von Amtshilfe nur in jenem Fall, in welchem zumindest einer der in Art. 14 Abs. 2 MG genannten Tatbestände erfüllt würde.

4.1.2.4.2.

Besondere Gründe für eine Ablehnung der Amtshilfe (Ablehnungsgründe)

¹⁰⁶ Wie bereits ausgeführt, kann die FMA ein ausländisches Amtshilfeersuchen grundsätzlich nur aus zumindest einem in Art. 14 Abs. 2 MG ausdrücklich aufgeführten Grund ablehnen; die Liste dieser gesetzlichen Gründe ist abschliessend. Im Berichtszeitraum hatten sich FMA und VGH vor allem mit dem in Bst. a von Art. 14 Abs. 2 MG genannten Ablehnungsgrund zu befassen, nämlich mit der möglichen Beeinträchtigung der Souveränität, der Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung Liechtensteins. Eine solche Möglichkeit darf nicht leichthin angenommen werden. Insbesondere sind Spekulationen und Hypothesen mit Bezug auf die Beachtung des Ausschlussprinzips und anderer Auflagen der Amtshilfe nicht geeignet, eine Bedrohung der Souveränität und öffentlichen Ordnung Liechtensteins herbeizuführen. Eine in diese Richtung zielende Stimmungsmache einer betroffenen Partei verlässt den Rahmen einer objektiven Argumentation. Der VGH wörtlich [siehe dazu auch FMA Praxis 2007 S. 46]:

«Vorzubringen, das fundamentale und staats-tragende Gebäude Liechtensteins werde [durch die Gewährung von Amtshilfe] zusammenstürzen und zur volkswirtschaftlichen und möglicherweise auch staatspolitischen Katastrophe führen, ist ebenso jenseits jeglicher Realität, wie die Republik Österreich als Bananenrepublik darzustellen.»

¹⁰⁷ Gemäss Art. 28 Abs. 2 MG hat die Staatsanwaltschaft die FMA über die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens, welches den Missbrauch einer Insiderinformation oder Marktmanipulation betrifft, zu informieren. Die Einleitung eines solchen Verfahrens erfolgt häufig nach einer Strafanzeige, die von der FMA erstattet wird. Art. 18 Abs. 3 Bst. b steht einer Amtshilfe bzw. der Erteilung von durch eine ausländische zuständige Behörde angefragten Auskünften nicht entgegen.

¹⁰⁸ Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass es sich bei Art. 18 Abs. 3 MG um eine Kann-Vorschrift handelt.

¹⁰⁹ Nach dem VGH hängen Art. 14 Abs. 2 Bst. b und c MG (welche Regelungen sich in Art. 18 Abs. 3 MG im Verhältnis zu Behörden von Drittstaaten wiederfinden) eng miteinander zusammen. Daraus ergibt sich, dass nicht irgendein Verfahren vor irgendeinem liechtensteinischen Gericht die Amtshilfegewährung an eine ausländische Behörde zur Bekämpfung des Marktmissbrauchs unzulässig macht. Es ist vielmehr offensichtlich, dass mit Art. 14 Abs. 2 Bst. b und c MG nur Strafverfahren vor einem liechtensteinischen Strafgericht gemeint sind. Der VGH wörtlich [2008/63 S. 13]:

«Nur wenn ein solches Strafverfahren in einer konkreten Marktmissbrauchssache bereits vor einem liechtensteinischen Gericht anhängig oder

durchgeführt wurde, macht es Sinn, im Rahmen des Amtshilfeverfahrens keine Informationen an ausländische Behörden zu übermitteln. Hier schlägt der strafrechtliche Grundsatz des Verbots der Doppelbestrafung und Doppelverfolgung (ne bis in idem) durch (Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK LGBl. 2005 Nr. 28).»

¹¹⁰ Keinesfalls kann dieser Grundsatz aber bedeuten, dass ein zweites Amtshilfeverfahren unzulässig wäre, wenn ein erstes Amtshilfeverfahren in einem Fall beim VGH oder beim StGH anhängig oder gar abgeschlossen ist.

4.1.2.4.3.

Anforderungen an die Sachverhaltsdarlegung durch die ersuchende Behörde

¹¹¹ Der von der ausländischen Behörde zur Begründung des Amtshilfeersuchens geschilderte Sachverhalt muss für die FMA eine ausreichende Konsistenz aufweisen. Dabei genügt eine nähere Umschreibung der konkreten Verdachtslage – etwa durch Darstellung der verdächtigen Transaktion im Vorfeld der Bekanntmachung vertraulicher Informationen, durch Aufzeigen markanter Kursänderungen oder durch Hinweise auf getätigte Geschäftsabschlüsse vor der Bekanntgabe kursrelevanter Informationen. Da die Amtshilfe zur Erhärtung bzw. Widerlegung einer Verdachtslage dient, kann eine konsistente Sachverhaltsdarstellung auch dann vorliegen, wenn sich (später) die Verdachtslage aufgrund der inländischen Erkenntnisse nicht bestätigt. – In einem Entscheid hielt der VGH zusammenfassend fest: [S. 32]

«Vorliegendenfalls hat die ersuchende Behörde den Sachverhalt, aus welchem sich der Verdacht des verbotenen Insiderhandels und der verbotenen Marktmanipulation ergibt, dargestellt, den Grund des Ersuchens, nämlich die Unter-

suchung des genannten Verdachtes, genannt und klar die wenigen absolut notwendigen Informationen, die [man] für die Untersuchung dieses Verdachtes benötigt, nämlich die Identität des Auftraggebers bzw. des wirtschaftlich Berechtigten, klar bezeichnet.»

¹¹² Soweit die Behörden des ersuchenden Staates verpflichtet sind, den massgeblichen Sachverhalt darzulegen, kann von ihnen also nicht erwartet werden, dass sie dies bereits lückenlos und vollständig widerspruchsfrei tun. Dies wäre mit Sinn und Zweck der Amtshilfe nicht vereinbar, sollen doch aufgrund von Informationen und Unterlagen, die sich im ersuchten Staat befinden, bisher im Dunkeln gebliebene Punkte erst noch geklärt werden. Die FMA hat sich nicht darüber auszusprechen, ob die im Ersuchen angeführten Tatsachen zutreffen oder nicht. Sie hat weder Tat- noch irgendwelche Schuldfragen zu prüfen und ihrerseits eine Beweiswürdigung vorzunehmen. Sie ist an die Darstellung des Sachverhalts im Ersuchen insoweit gebunden, als diese nicht wegen offensichtlicher Fehler, Lücken oder Widersprüche sofort entkräftet wird. In einem konkreten Fall bestand der Verdacht, dass Aktienkurse künstlich manipuliert und in die Höhe getrieben wurden. Um festzustellen, wer sich daran beteiligt und somit gegen das Marktmanipulationsverbot verstossen hat, sind die Informationen betreffend die Kunden bzw. wirtschaftlich Berechtigten, für die Transaktionen in diesen Aktien / Finanzinstrumenten durchgeführt wurden, unverzichtbar, um den vorliegenden Verdacht weiter zu untersuchen. Dabei – so der VGH – kann nicht erheblich sein, ob der von der ausländischen Behörde vermutete illegale Kursgewinn den abschliessend richtigen Betrag nennt oder nicht. Entscheidend ist vielmehr der klare Verdacht, dass ein solcher Gewinn erzielt worden ist.

¹¹³ In Ergänzung zu den hiervor dargestellten klaren Leitlinien hält der VGH fest, «dass nach der steten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und der Praxis der FMA sehr wohl der im ausländischen Amtshilfeersuchen dargestellte Sachverhalt auf dessen Plausibilität, Nachvollziehbarkeit und Relevanz überprüft wird. Ein mangelhaftes Ersuchen wird zur Ergänzung zurückgestellt oder führt zur Verweigerung der Amtshilfegewährung. Sogenannte «fishing expeditions» oder Erkundigungen aufs Geratewohl sind verpönt und unzulässig.»

4.2.

Gewährung von Amtshilfe nach BankG

¹¹⁴ Die von der FMA geleistete Amtshilfe an ausländische Behörden erfolgte im Berichtszeitraum zur Hauptsache gestützt auf das MG. Soweit dieses Gesetz – insbesondere nach seinem Art. 2 – nicht anwendbar ist, kann Amtshilfe auch nach einem anderen Erlass gewährt werden, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind; zu nennen ist namentlich das BankG. In diesem Zusammenhang ist freilich darauf hinzuweisen, dass der Anwendungsbereich des MG mit dessen Abänderung im Jahr 2008 (LGBl. 2008 Nr. 225) erweitert worden ist. Während es früher nur bei Betroffenheit von auch an geregelten Märkten gelisteten Finanzinstrumenten galt [so der VGH nach Sicht der Beschwerdekommision: 2008/11 S. 6 oben], ist es nunmehr mit Bezug auf den börslichen oder ausserbörslichen Handel eines jeden Finanzinstruments anzuwenden, das an einem überwachten Markt gehandelt wird oder für das ein entsprechender Antrag auf Zulassung zum Handel gestellt wurde (Art. 2 Abs. 1 MG).

¹¹⁵ Im BankG ist die Amtshilfe an ausländische zuständige Behörden in Art. 30f ff. (Zusammenarbeit mit zuständigen Behörden von EWR-Staaten) und Art. 30n ff. geregelt (Zusammenarbeit mit zuständigen

Behörden von Drittstaaten). Im Grundsätzlichen folgt sie weitgehend den Prinzipien, wie sie im MG niedergelegt sind. Die Erteilung von amtlichen Auskünften an ausländische Aufsichtsbehörden ist zulässig, wenn dadurch die Souveränität, Sicherheit, öffentliche Ordnung oder andere wesentliche Landesinteressen – insbesondere das Bankgeheimnis – nicht verletzt werden, wenn die Empfänger der Auskünfte einer dem Art. 31a BankG gleichwertigen Geheimnispflicht unterstehen und wenn gewährleistet ist, dass die zuständigen Aufsichtsbehörden die erhaltenen Auskünfte nur für finanzmarktaufsichtsrechtliche Belange verwenden werden (Art. 30h Abs. 1 Bst. c BankG), u. a. zur Verhängung von Sanktionen (Art. 30h Abs. 3 Bst. d BankG). Die Gewährung der Amtshilfe setzt die Einhaltung der Grundsätze der Spezialität, der Vertraulichkeit und der Verhältnismässigkeit voraus. Zudem ist bei Weiterleitung von kundenspezifischen Informationen das ordentliche Verwaltungsverfahren einzuhalten. Die Beachtung des Prinzips der «langen Hand» ist mit dem MG vom 24. November 2006 (Seite 24 BuA MG, Nr. 75/2006) erfolgt.

¹¹⁶ Dem Grundsatz der Spezialität folgend sind Auskünfte nur an ersuchende zuständige Aufsichtsbehörden zulässig, die nach Art. 30h Abs. 1 BankG solche Informationen ausschliesslich zur Erfüllung ihrer finanzmarktaufsichtsrechtlichen Aufgaben verwenden. Die gelieferten Informationen dürfen im Übrigen auch nur für die im Ersuchen geschilderten und im Amtshilfeentscheid freigegebenen Zwecke verwendet werden. Die ausländische Behörde muss – im Sinn des Grundsatzes der Vertraulichkeit – einer Art. 31a BankG gleichwertigen Geheimhaltungspflicht unterstehen (Art. 30h Abs. 1 Bst. b BankG). Wie jedes staatliche Handeln hat auch die Amtshilfe schliesslich verhältnismässig zu sein. Verboten sind reine Beweisausforschungen («fishing expeditions»). Die ersuchende Behörde muss im Amtshilfeverfahren den relevanten Sachverhalt darstellen, die gewünschten Auskünfte bzw. Unterlagen konkret bezeichnen und den Grund ihres Ersuchens nennen.

GESETZESVERZEICHNIS

Die Zahlen verweisen auf die Randziffern des Textes.

AHVG	42
BankG	1 ff., 5 ff., 9 ff., 13 ff., 96, 114 ff.
BankV	4, 8, 14
BPVG	41 ff.
BPVV	44
EPVO	59 ff.
FMAG	4, 48
IUG	24 ff.
IUV	28 ff.
LV	49, 76 ff.
LVG	43, 48
MG	96 ff.
PAG	63, 86 f., 90 ff., 92
PGR	30, 57
RAG	63, 86
SPG	52 ff.
SPV	54
TrHG	63, 82 ff., 91 ff.
VersAG	37 ff.
VersVermG	45 ff., 50 f.
VersVermV	47
VVG	85 f., 90 f.
WPRG	56 ff., 75 ff., 81 ff.
ZPVO	59 ff.

STICHWORTVERZEICHNIS

Die Zahlen verweisen auf die Randziffern des Textes.

Abkommen		Banken	1 ff.
– Abkommen mit der Schweiz	49, 68 ff.	– Bankkonzern	16 ff.
– EWR-Abkommen	48 f., 69	– Bewilligung zum Betrieb einer Bank	1
– Vaduzer Konvention (mit der Schweiz)	68 ff., 77	– Dokumentation	10, 12, 17 f.
		– Geschäftsleitung	8, 14
		– Gewähr für einwandfreie Geschäfts- tätigkeit	1 f.
AHV-Rente, Rentenvorbezug	42	– Kontrolle, interne	9 ff.
		– Kreditausschuss	6 f.
Amtshilfe, internationale	96 ff.	– Kreditportfolio	9
– Ablehnungsgründe	106 ff., 115	– Kreditrisiken	
– im Rahmen des Bankengesetzes	98 ff., 115 f.	→ vgl. Risikomanagement	
– im Rahmen des Markt- missbrauchsgesetzes	96 ff.	– Kreditrisikopolitik	9 ff., 17 ff.
– Sachverhaltsdarlegung	111 ff.	– Oberleitung der Bank	5 ff.
– Voraussetzungen der Amtshilfe		– Organisationsreglement	7, 14
– Zuständigkeit der ausländischen Behörde	99, 115	– Revision, interne	13 ff.
– Erforderlichkeit der Information	100 ff., 115 f.	– Revisionsstelle, externe	15
– Prinzip der Ausschliesslichkeit (Spezialität)	103 f., 115 f.	– Risiken	
– Verhältnismässigkeit	105 ff., 115	→ vgl. Risikomanagement	
		– Risikomanagement	3 f., 5 ff., 9 ff.
		– Verwaltungsrat, Aufgaben	5 ff., 9 ff., 13 f., 19
		– Vier-Augen-Prinzip	10
Anordnungen		Bankkonzern	
→ vgl. Missbrauchsaufsicht		→ vgl. Banken, Bankkonzern	
Anschlussvertrag		Beschwer, Beschwerdelegitimation	43, 48, 50, 76
→ vgl. Personalvorsorge, betriebliche			
		Bussen	
		→ vgl. Missbrauchsaufsicht	
		Dienstleistungsverkehr, freier	49
		Direktversicherungsabkommen	
		→ vgl. Abkommen, Abkommen mit der Schweiz	

Dokumentation, Dokumente	10, 12, 17 f., 39	Personalvorsorge, betriebliche	
Freizügigkeit, Freizügigkeits(sperr)konto		Rechtsanwälte	86
→ vgl. Personalvorsorge, betriebliche		Revisionsgesellschaft	
Gebühr, Gebührenverordnung	48	→ vgl. Wirtschaftsprüfer, Wirtschaftsprüfung	
Grundrechte		Risikomanagement	
→ vgl. Verfassungsmässigkeit (von Gesetzen)		→ vgl. Banken, Risikomanagement	
Hauptberuflichkeit	82 ff.	Rückwirkung (von Gesetzen)	49, 72 ff.
(von Leitungstätigkeiten)		Sorgfaltspflicht, Sorgfaltspflichtgesetz	52 ff.
Insiderhandel		Staatsverträge	
→ vgl. Amtshilfe, internationale		→ vgl. Abkommen	
Investmentunternehmen	20 ff.	Treuhänder, Bewilligung	82 ff.
– Bewilligungsvoraussetzungen	20 ff.	Verfassungsmässigkeit (von Gesetzen)	76 ff.
– Fondsadministration	32 f.	Verfügungen	
– Prospekt	36 ff.	→ vgl. Missbrauchsaufsicht	
– Rechtsform AG & Co. KG	24 ff.	Versicherungen	37 ff.
– Segmentiertes Investmentunternehmen	20 ff.	– Aufsicht, laufende	37 ff.
– Vertrieb	34 f.	– Bewilligung zum Geschäftsbetrieb	37 ff.
Marktmissbrauch		– Funktionsausgliederung	39 ff.
→ vgl. Amtshilfe, internationale		– Geschäftsplan	37 f.
Massnahmen		– Missbrauchsbekämpfung	
→ vgl. Missbrauchsaufsicht		→ vgl. Missbrauchsaufsicht	
Missbrauchsaufsicht	2, 44, 46 ff., 50 f., 52 ff.	– Personalvorsorge	
Niederlassungsfreiheit	49	→ vgl. Personalvorsorge, betriebliche	
Patentanwälte	86	– Versicherungsvermittlung	
Pensionskassen		→ vgl. Versicherungsvermittlung	
→ vgl. Personalvorsorge, betriebliche	40 ff.	Versicherungsunternehmen	
		→ vgl. Versicherungen	

Versicherungsvermittlung	45 ff.
– Abkommen mit der Schweiz	49
– Aufsicht, laufende	50 f.
– Berichterstattung	
→ vgl. Aufsicht, laufende	
– Berufshaftpflichtversicherung	47
– Bewilligung zur Vermittlertätigkeit	45 ff., 51
– Bewilligungsvoraussetzungen	
→ vgl. Bewilligung zur Vermittlertätigkeit	
– Dienstleistungsverkehr, freier	49
– Finanzielle Sicherheiten	47
– Meldepflichten	49
– Niederlassungsfreiheit	49
 Willkürverbot	 79 f.
 Wirtschaftsprüfer, Wirtschaftsprüfung und Revisionsgesellschaften	
– Eignungsprüfung	58 ff.
– Geschäftsführer, verantwortlicher, einer Revisionsgesellschaft	75 ff., 81 ff.
– Vaduzer Konvention (mit der Schweiz)	68 ff., 77
– Wechsel des verantwortlichen Geschäftsführers einer Revisionsgesellschaft	81 ff.
– Wirtschaftsprüferbewilligung	56 ff.
– Zulassungsprüfung	57 ff.
 Zusammenarbeit von Behörden	
→ vgl. Amtshilfe, internationale	

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. a. O.	am angegebenen Ort	EU	Europäische Union
Abs.	Absatz	EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
AG	Aktiengesellschaft	f.	folgende
AGmvK	Anlagegesellschaft mit veränderlichem Kapital	ff.	fortfolgende
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung	FMA	Finanzmarktaufsicht Liechtenstein
AHVG	Gesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung	FMAG	Gesetz über die Finanzmarktaufsicht
Art.	Artikel	FMA-BK	Beschwerdekommision der Finanzmarktaufsicht
AZ	Aktenzeichen	GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
BankG	Gesetz über die Banken und Finanzgesellschaften	i. S.	in Sachen
BankV	Bankenverordnung	IUG	Gesetz über Investmentunternehmen
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts	IUV	Verordnung über Investmentunternehmen
BGer	Schweizerisches Bundesgericht	i. V. m.	in Verbindung mit
BPVG	Gesetz über die betriebliche Personalvorsorge	LES	Liechtensteinische Entscheidungssammlung
BPVV	Verordnung zum Gesetz über die betriebliche Personalvorsorge	LGBL	Liechtensteinisches Landesgesetzblatt
Bst.	Buchstabe	lit.	litera
bzw.	beziehungsweise	LV	Landesverfassung
ca.	circa	LVG	Gesetz über die allgemeine Landesverwaltungspflege
CHF	Schweizer Franken	MG	Marktmissbrauchsgesetz
d. h.	das heisst	Nr.	Nummer
EBK	Eidgenössische Bankenkommission (Schweiz)	OGH	Fürstlicher Oberster Gerichtshof
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation	PAG	Gesetz über die Patentanwälte
EG	Europäische Gemeinschaft	PGR	Personen- und Gesellschaftsrecht
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention	SEC	Securities Exchange Commission
EPVO	Verordnung über die Eignungsprüfung für Wirtschaftsprüfer aus dem Ausland	RAG	Gesetz über die Rechtsanwälte
E.	Erwägung	Rz.	Randziffer
Erw.	Erwägungsgrund	S.	Seite
etc.	et cetera	SPG	Sorgfaltspflichtgesetz
		SPV	Verordnung zum Sorgfaltspflichtgesetz
		StGH	Staatsgerichtshof
		TrHG	Gesetz über die Treuhänder
		u. a.	unter anderem
		VBI	Verwaltungsbeschwerdeinstanz

VersAG	Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen
VersVermG	Versicherungsvermittlungsgesetz
VersVermV	Verordnung über die Versicherungs- vermittlung
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VVG	Gesetz über die Vermögens- verwaltung
WPRG	Gesetz über die Wirtschaftsprüfer und Revisionsgesellschaften
WPV	Wirtschaftsprüfer-Vereinigung
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZPVO	Verordnung über die Zulassungs- prüfung für Wirtschaftsprüfer

Impressum

Herausgeber und Redaktion:

Finanzmarktaufsicht (FMA) Liechtenstein
Heiligkreuz 8, Postfach 279
9490 Vaduz, Fürstentum Liechtenstein
Telefon +423 236 73 73, Fax +423 236 73 74
info@fma-li.li, www.fma-li.li

Konzept und Gestaltung:

Leone Ming Est., Schaan

Die FMA-Praxis 2007/2008 ist in deutscher Sprache
auf der FMA-Webseite erhältlich. Es erscheint
keine gedruckte Version.