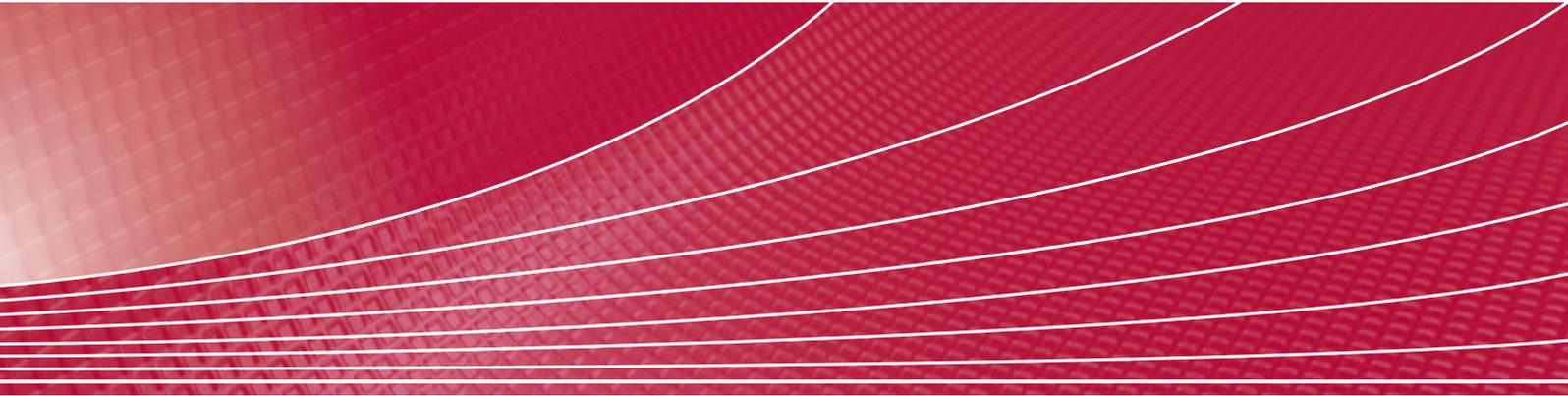




FMA

Finanzmarktaufsicht
Liechtenstein



FMA-Praxis 2010

Informationen der FMA zu ihrer Aufsichtstätigkeit
mit Entscheidungen und Beschlüssen

VORWORT

Die FMA publiziert jährlich die «FMA-Praxis». Sie ist ein Instrument der FMA, um der gesetzlichen Pflicht, die Öffentlichkeit über ihre Aufsichtstätigkeit zu informieren, nachzukommen. Neben der «FMA-Praxis» stellt die FMA auch laufend aktuelle Informationen über ihre Website und einen Newsletter zur Verfügung.

Die «FMA-Praxis» gibt in anonymisierter Form Auskunft über Entscheidungen und Verfügungen der FMA, über Beschlüsse der FMA-Beschwerdekommision (FMA-BK) sowie über Urteile des Verwaltungsgerichtshofes (VGH) und des Staatsgerichtshofes (StGH) in Zusammenhang mit der Finanzmarktaufsicht.

Die vorliegende Ausgabe der «FMA-Praxis» beinhaltet Verfügungen, Beschlüsse und Urteile, die im Jahr 2010 ergangen sind.

Wir bedanken uns besonders bei der FMA-BK, dem VGH sowie dem StGH, die uns die Wiedergabe der Beschlüsse und Urteile gestatten.

Michael Lauber
Präsident des Aufsichtsrates

Mario Gassner
Vorsitzender der Geschäftsleitung

1. BANKEN UND WERTPAPIERE	5
1.1 Banken	5
1.2 Gewährung von Akteneinsicht	5
1.3 Vermögensverwaltung nach VVG	7
1.3.1 Aufforderung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes	7
1.3.2 Gebühren/Beschwerdebefugnis der FMA	8
2. VERSICHERUNGEN	12
2.1 Vertrieb einer selbständigen Berufsunfähigkeitsversicherung	12
2.2 Anordnung vorsorglicher Massnahmen/Einsetzung eines Sonderbeauftragten	15
2.3 Versicherungsvermittlung	17
2.3.1 Verletzung der Informations- und Beratungspflichten	17
2.3.2 Aufsichtsabgaben	20
3. ANDERE FINANZINTERMEDIÄRE	22
3.1 Verletzung von Sorgfaltspflichten	22
3.2 Anordnung einer Sachverhaltsfeststellung	23
3.3 Kostentragung nach SPG	28
4. INTERNATIONALE AMTSHILFE	31
4.1 Zuständigkeit der ersuchenden ausländischen Behörde	31
4.2 Überprüfung eines ausländischen Ersuchens	35
4.3 Durchführung einer Vor-Ort-Prüfung	38
ANHANG	41
Stichwortverzeichnis	41
Abkürzungsverzeichnis	43

BANKEN UND WERTPAPIERE

1. BANKEN UND WERTPAPIERE

1.1 BANKEN

¹ Während in der FMA-Praxis 2009 über Entscheide zur Erteilung einer Bankenbewilligung berichtet wurde (vgl. FMA-Praxis 2009 Rz. 1 ff.), richtet sich im Berichtsjahr das Hauptaugenmerk neben einem Präzedenzfall in Sachen Vor-Ort-Prüfung auf aktuelle Amtshilfefälle. Entsprechend ist auf die Ausführungen im Kapitel unter Ziff. 4 zu verweisen.

1.2 GEWÄHRUNG VON AKTENEINSICHT

² Eine Person hatte der FMA durch ihren Rechtsvertreter Meldung erstattet, wonach ihr von Seiten der [X AG], Verwaltungsgesellschaft eines Investmentunternehmens, die Rücknahme von Fondsanteilen an Letzterem verweigert worden sei. Dadurch sei der Person ein erheblicher Schaden entstanden, und die FMA wurde ersucht, die erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen zu ergreifen.

³ Einige Zeit später stellte der Rechtsvertreter namens seines Mandanten gegenüber der FMA ein Begehren um Akteneinsicht bezüglich der aufgrund seiner Anzeige gegenüber der Verwaltungsgesellschaft erfolgten Aufsichtsmaßnahmen. Den Anspruch auf Akteneinsicht stützte der Rechtsvertreter auf Art. 36 FMAG i. V. m. Art. 46 Abs. 3 LVG.

⁴ Mangels Parteistellung der beantragenden Person gab die FMA dem Begehren um Akteneinsicht keine Folge.

⁵ Das Akteneinsichtsrecht stellt einen Teilaspekt des aus der Rechtsgleichheit gemäss Art. 31 Abs. 1 Satz 1 LV abgeleiteten Anspruchs auf rechtliches Gehör dar, welcher in Art. 64 Abs. 3 und Art. 81 Abs. 1 LVG für den Bereich des Verwaltungsverfahrens positivrechtlich verankert ist. Nach Art. 64 Abs. 3 LVG muss jeder Partei Gelegenheit geboten werden, sich über alle für die Erledigung des Verhandlungsgegenstandes massgebenden, von anderen Parteien, von Zeugen und Sachverständigen vorgebrachten oder von Amtes wegen zur Frage gestellten Tatsachen und Verhältnisse, sowie über die von anderen Parteien, von Sachverständigen und Zeugen gestellten Anträge zu äussern und überhaupt ihre Rechte und Interessen entsprechend zu wahren. Gemäss Art. 81 Abs. 1 LVG darf eine Verwaltungsbehörde ihre Entscheidung nicht auf Tatsachen und Beweismittel stützen, über die den beteiligten Personen nicht Kenntnis gegeben und nicht Gelegenheit zu ihrer Äusserung, sei es im Ermittlungsverfahren oder sei es im Schlussverfahren, geboten worden ist, sofern es sich nicht um beratende Äusserungen der Referenten oder Sachverständigen im Sinne von Art. 91 der Verfassung handelt.

⁶ Träger des Anspruchs auf rechtliches Gehör sind in einem Verwaltungsverfahren die an demselben beteiligten Parteien. Als Partei ist gemäss Art. 31 Abs. 1 LVG zu betrachten, wer an eine Verwaltungsbehörde mit dem Begehren herantritt, dass diese einen hoheitlichen Verwaltungsakt im rechtlichen Interesse des Antragstellers vornehme oder unterlasse, oder wer als mögliches Subjekt einer öffentlichen Pflicht oder eines öffentlichen Rechts einem für die Ermittlung des Verpflichteten oder Berechtigten bestimmten Verfahren unterworfen wird oder endlich, an wen die Behörde infolge eines Verfahrens eine Verfügung oder Entscheidung richtet. Die Eigenschaft als Partei ist im Zweifel mit Rücksicht auf den Gegenstand und aufgrund der anzuwendenden Gesetze zu bestimmen.

⁷ Beschwerden von Kunden stellen für die FMA eine mögliche Informationsquelle bei der Ausübung ihrer aufsichtsrechtlichen Tätigkeit dar. Die FMA wird durch solche Beschwerden insbesondere auf Missstände bei beaufsichtigten Instituten aufmerksam gemacht. Da sie in ihrer Rolle als Behörde ihre Aufgaben im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger und Anleger und nicht im Interesse einzelner Privatpersonen wahrnimmt, kann die FMA bei Kundenbeschwerden allerdings keine direkte Unterstützung bieten. So ist sie nicht befugt, anstelle der Zivilgerichte über Ansprüche einzelner Kunden zu entscheiden. Eröffnet die FMA gestützt auf eine Beschwerde eines möglicherweise geschädigten Kunden ein Verfahren gegen ein beaufsichtigtes Institut, so hat der Kunde in diesem Verfahren keine Parteistellung. Als Konsequenz hat der Kunde in einem derartigen Verfahren keinen Anspruch auf rechtliches Gehör und daher auch keine Akteneinsicht. Vielmehr darf ihn die FMA weder über die Existenz noch über den Verlauf des Verwaltungsverfahrens informieren, da derartige Informationen – wie die Aufsichtstätigkeit über die Finanzmärkte im Allgemeinen – dem in Art. 23 Abs. 1 des Gesetzes über die Steuerung und Überwachung öffentlicher Unternehmen (ÖUSG) verankerten Amtsgeheimnis unterliegen, dessen Verletzung gemäss Art. 23 Abs. 2 ÖUSG i.V.m. § 310 des Strafgesetzbuches (StGB) mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren sanktioniert wird. Des Weiteren schreibt auch Art. 15 Abs. 2 IUG den Behördenvertretern die Wahrung des Amtsgeheimnisses vor, soweit Tatsachen betroffen sind, die nach Abs. 1 dieser Bestimmung vom Geheimnisschutz erfasst sind. Im konkreten Fall befand die FMA, dass seitens der Behörde einem blossen Anzeigerstatter kaum Akteneinsicht gewährt werden könnte, ohne dadurch mit grosser Wahrscheinlichkeit bestehende Geschäftsgeheimnisse Dritter zu verletzen.

⁸ Einer gegen die Verfügung der FMA gerichteten Beschwerde gab die FMA-Beschwerdekommision keine Folge. In Ergänzung zu den Erwägungen der FMA führte die Beschwerdekommision aus, nach Art. 96 Abs. 1 und 4 IUG überwache die FMA den Vollzug des Gesetzes und der dazu erlassenen Verordnungen sowie die Einhaltung des vereinfachten und vollständigen Prospekts und treffe die notwendigen Massnahmen, wobei sie dann, wenn sie von Verletzungen dieses Gesetzes oder von sonstigen Missständen Kenntnis erhalte, die zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände notwendigen Massnahme erlasse. Dabei handle es sich um Aufsichtsmassnahmen, die die FMA gegenüber den Beaufsichtigten anordne beziehungsweise erlasse. Nur den Beaufsichtigten komme daher im Aufsichtsverfahren Parteistellung im Sinne von Art. 31 Abs. 1 LVG zu.

1.3 VERMÖGENSVERWALTUNG NACH VVG

1.3.1 Aufforderung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes

⁹ In einem (wiederholten) Fall ging es um Treuhandgesellschaften, deren im Öffentlichkeitsregister eingetragener Geschäftszweck u.a. auf «Vermögensverwaltung» lautete.

¹⁰ Nach Abs. 2 der Übergangsbestimmung des Gesetzes vom 25. November 2005 betreffend die Abänderung des TrHG hatten Treuhandgesellschaften bis zum 1. Januar 2008 die Anforderungen nach Art. 11 VVG zu erfüllen. Werden diese Anforderungen trotz Aufforderung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes nicht erfüllt, so kann die FMA die Personen, die für die Treuhandgesellschaft hätten handeln sollen, jedoch unter solidarischer Mithaftung der Treuhandgesellschaft, mit einer Busse bis zu CHF 100 000.00 bestrafen.

¹¹ Gemäss Art. 11 Abs. 1 VVG dürfen Bezeichnungen, die eine Tätigkeit als Vermögensverwaltungsgesellschaft vermuten lassen, in der Firma sowie in der Bezeichnung des Geschäftszwecks und in der Geschäftsreklame nur für Unternehmen verwendet werden, die eine Bewilligung als Vermögensverwaltungsgesellschaft haben. Nach ständiger Amtspraxis der FMA erweckt die Verwendung des Begriffes «Vermögensverwaltung» in der Bezeichnung des Geschäftszwecks eines Unternehmens beim Publikum die Vermutung einer Tätigkeit als Vermögensverwaltungsgesellschaft und darf daher nur für Unternehmen verwendet werden, welche über eine Bewilligung als Vermögensverwaltungsgesellschaft nach VVG verfügen.

¹² Der Oberbegriff «Vermögensverwaltung» umfasst sämtliche Teilgehalte dieses Begriffes, seien es die vom VVG erfassten und in Art. 3 Abs. 1 VVG dargelegten Teilgehalte oder auch die nicht vom VVG erfassten Teilgehalte, wie beispielsweise die Immobilienverwaltung. Die Verwendung des Begriffes «Vermögensverwaltung» in der Bezeichnung des Geschäftszwecks weckt daher beim Publikum die Vermutung, es würden auch die vom VVG erfassten Vermögensverwaltungstätigkeiten erbracht. Nicht zu beanstanden wäre demgegenüber, wenn der zur Diskussion stehende Zweckartikel anstelle des Oberbegriffs «Vermögensverwaltung» einzig Teilgehalte desselben enthalten würde, welche nicht vom VVG erfasst werden, wie beispielsweise «Immobilienverwaltung».

¹³ Trotz mehrmaliger entsprechender Aufforderung durch die FMA hatten sich in casu Treuhandgesellschaften und die für diese verantwortlichen Personen geweigert, den rechtmässigen Zustand fristgerecht durch Anpassung des Geschäftszwecks herzustellen. Somit waren die tatbestandsmässigen Voraussetzungen für die Verhängung einer Busse gegen die Personen, die für die Treuhandgesellschaften hätten handeln sollen, gegeben. Die Busse wurde in Höhe von CHF 6 000.00 angesetzt.

¹⁴ Gegen diese Busse wurde mit Telefonat Einsprache erhoben. Daher leitete die FMA in der Folge das ordentliche Verwaltungsstrafverfahren ein, in dessen Rahmen mit materiell gleichlautender Begründung wie schon zuvor eine Busse in Höhe von CHF 6000.00 verhängt wurde.

¹⁵ Hiergegen erhobenen Beschwerden leistete die Beschwerdekommision insoweit keine Folge, als es um die durch die FMA getroffene Anordnung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes ging. Ihrerseits äusserte die Beschwerdekommision die Rechtsauffassung, die Verwendung des Begriffs «Vermögensverwaltung» in der Bezeichnung des Geschäftszwecks einer Treuhandgesellschaft stelle einen Verstoß gegen Art. 11 VVG dar, welcher zwingend durch Abänderung des Geschäftszwecks zu beheben sei. Dabei verwies sie auf die Rechtsprechung des StGH zum vergleichbaren Art. 16 Abs. 1 BankG. Was die Bussenverhängung betrifft, hob die Beschwerdekommision die (zweite) Strafverfügung der FMA als nichtig auf. Zur Begründung wurde ausgeführt, ein telefonischer Einspruch gegen das (erste) Strafbot sei unzulässig und damit nicht möglich, was zur Folge habe, dass der ursprüngliche Entscheid der FMA in Rechtskraft erwachsen sei. Die spätere Verfügung verstosse gegen das Prinzip des «ne bis in idem» und sei daher insoweit nichtig.

1.3.2 Gebühren/Beschwerdebefugnis der FMA

¹⁶ In einem Fall hatte die FMA einen Trust darauf hingewiesen, dass der im Öffentlichkeitsregister eingetragene Gesellschaftszweck Art. 11 Abs. 1 VVG widerspreche, und sie forderte ihn unter Fristansetzung zur Abänderung des Gesellschaftszwecks auf, was der FMA durch Vorlage eines Auszugs aus dem Öffentlichkeitsregister nachzuweisen sei.

¹⁷ Die geforderte Abänderung des Gesellschaftszwecks wurde vorgenommen; der Eintrag im Öffentlichkeitsregister erfolgte am Tag [x], die Publikation in den amtlichen Kundmachungsblättern jedoch erst drei Monate später. Einige Tage nach Vornahme der Abänderung des Gesellschaftszwecks holte die FMA einen Öffentlichkeitsregisterauszug ein, in welchem die Abänderung noch nicht ersichtlich war. Daraufhin erliess die FMA eine Verfügung, mit welcher sie dem Trust auftrag, den rechtmässigen Zustand herzustellen. Dieser machte die FMA in der Folge darauf aufmerksam, dass die Abänderung bereits am Tag [x] im Öffentlichkeitsregister eingetragen worden sei, was die FMA verifizieren konnte. Mit einer anschliessenden Verfügung sprach sie die Rücknahme der früheren Verfügung aus und setzte eine Verfügungsgebühr in Höhe von CHF 500.00 fest.

¹⁸ Gegen die Ansetzung der Gebühr wurde Beschwerde erhoben, und dieser wurde Folge gegeben. Die Beschwerdekommision erachtete es als nicht erforderlich, die seinerzeitige Verfügung wieder aufzuheben; infolgedessen durfte ihrer Auffassung nach auch keine Verwaltungsgebühr erhoben werden. Dazu die Beschwerdekommision:

«Da der Beschwerdeführer dem Spruchpunkt 1. dieser Verfügung bereits vor Erlass derselben nachgekommen war, hatte er den rechtmässigen Zustand bereits zuvor hergestellt. Die angefochtene Verfügung wurde in ihrem Spruchpunkt 1. dadurch in dem Sinne wirkungslos, als sie nicht (mehr) vollzogen werden konnte, da ihr bereits (schon zuvor) vollinhaltlich entsprochen worden war. Damit konnte die an den Spruchpunkt 1. der Verfügung anknüpfende Konsequenz, nämlich die Möglichkeit, dass die Finanzmarktaufsicht wegen der Übertretung nach Art 62 Abs 3 lit e VVG eine Busse in Höhe von bis zu CHF 100 000.00 über den Treuhänder des Beschwerdeführers verhängt, da dieser einer Aufforderung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes nicht nachgekommen sei, nicht mehr eintreten.»

¹⁹ Gegen den Entscheid der Beschwerdekommission erhob die FMA Beschwerde an den VGH. Ihre Beschwerdebefugnis leitete die FMA aus Art. 35 Abs. 2 FMAG sowie Art. 92 Abs. 1 LVG ab. Die Beschwerde wurde vom VGH zurückgewiesen. Dazu wird im Urteil des VGH ausgeführt (Erwägungen 3.4 und 4):

«Voraussetzung für eine Parteistellung und eine daraus resultierende Beschwerdebefugnis der FMA als Einrichtung im Sinne des Art. 31 Abs. 2 LVG ist aber so wie auch bei einer Privatperson die Möglichkeit, dass sie durch die angefochtene Entscheidung – hier der FMA-BK – in einem subjektiven materiellen Recht verletzt werden konnte. Das Vorliegen dieser Voraussetzung ist nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes zu verneinen, weil das FMAG der FMA keine solchen subjektiven materiellen Rechte einräumt. Die Art. 4 und 5 des FMAG umschreiben nur in allgemeiner Form die Ziele und Aufgaben der FMA. Der Wortlaut dieser Bestimmungen lässt nicht den Schluss zu, es würden damit subjektive Rechte der FMA begründet. Auch aus den Materialien zum FMA-Gesetz (Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein Nr. 9/2004, Seite 31ff.) kann nichts Derartiges abgeleitet werden. Vielmehr heisst es zum Art. 4 der Regierungsvorlage (‘Aufgaben’), diese Bestimmung enthalte eine Aufzählung von übergeordneten Zielen, welche die FMA als Finanzmarktaufsichtsbehörde zu verfolgen habe. Der Art. 4 stelle einen Zweck- und Programmartikel dar und sei keine Norm, welche der FMA unmittelbar Kompetenzen erteile. Die Bestimmung sei nicht justiziabel, d.h. sie verschaffe keine einklagbaren Ansprüche. Demzufolge komme ihr lediglich eine begrenzte normative Tragweite zu (beispielsweise als Interpretationshilfe).»

«Eine Beschwerdebefugnis ohne Vorliegen einer Parteistellung im Sinne der Art. 92 Abs. 1 sowie 31 Abs. 1 und 2 LVG kommt nur in Betracht, wenn eine solche Beschwerdebefugnis ausdrücklich durch Gesetz eingeräumt wird. Beispiele für derartige gesetzliche Regelungen sind der Art. 92 Abs. 3 LVG über die Amtsbeschwerde des Regierungschefs, die Art. 18 Abs. 2 und 20 Abs. 2 des Grundverkehrsgesetzes und der Art. 25 Abs. 2 des Steuergesetzes. Eine gesetzliche Regelung, die der FMA ein sol-

ches besonderes Beschwerderecht einräumen würde, gibt es nicht. Insbesondere ist auch der Art. 35 Abs. 2 FMAG nicht eine solche gesetzliche Regelung. Vielmehr wird in dieser Bestimmung lediglich klargestellt, dass gegen Entscheidungen der FMA-BK grundsätzlich eine Beschwerde an den VGH erhoben werden kann. Die Regelung trifft aber keine Aussage darüber, wer eine solche Beschwerde erheben kann. Diesbezüglich kommt demnach die allgemeine Regelung des Art. 92 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 und 2 LVG zum Tragen (vgl. auch Art. 36 FMAG).»

2. VERSICHERUNGEN

2.1 VERTRIEB EINER SELBSTÄNDIGEN BERUFSUNFÄHIGKEITSVERSICHERUNG

²⁰ Ein Lebensversicherungsunternehmen mit Sitz in Liechtenstein ersuchte um Zulassung zum Vertrieb einer selbständigen Berufsunfähigkeitsversicherung in Deutschland. Das Unternehmen machte u. a. geltend, dass das selbständige Anbieten dieser Versicherung durch Lebensversicherer beziehungsweise im Rahmen von Fondspolizen von Lebensversicherungsunternehmen in der Schweiz sowie in mehreren Vertragsstaaten des EWR-Abkommens – namentlich in Deutschland – erlaubt sei. Die FMA erachtete mit Verfügung eine solche Tätigkeit als unzulässig.

²¹ Gemäss Art. 4 Abs. 1 VersAG umfasst die Lebensversicherung insbesondere die Versicherung auf den Erlebensfall, die Versicherung auf den Todesfall sowie gemischte Versicherungen und Zusatzversicherungen zur Lebensversicherung. Art. 21 VersAG regelt den Grundsatz der Spartenentrennung. Die Spartenentrennung ist ein Grundsatz des Versicherungswesens, wonach ein Versicherungsunternehmen nicht gleichzeitig die Lebens- und die Schadenversicherung betreiben darf. Der Hauptgrund für die Spartenentrennung liegt insbesondere im unterschiedlichen Risikoprofil zwischen der Lebens- und der Schadenversicherung und somit auch in unterschiedlichen Vorschriften zur Sicherung der Erfüllung der Leistungspflichten des Versicherungsunternehmens.

²² Der Grundsatz der Spartenentrennung wird in Art. 21 Abs. 1 VersAG dahingehend präzisiert, dass Versicherungsunternehmen, welche die direkte Lebensversicherung betreiben, ausser der Zusatzversicherung für Unfalltod, Krankheit und Invalidität sowie der Kranken- und Invaliditätsversicherung keine weiteren Versicherungszweige betreiben dürfen. Dabei nimmt diese Bestimmung Bezug auf den Anhang 2 des VersAG: bezüglich der Zusatzversicherung für Unfalltod, Krankheit und Invalidität auf Zweig 1 (dritter Spiegelstrich) sowie bezüglich der Kranken- und Invaliditätsversicherung auf Zweig 4 gemäss Anhang 2 des VersAG Krankenversicherung (einschliesslich Versicherung gegen Invalidität). Zweig 4 des VersAG basiert auf Anhang I der Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen (Lebensversicherungsrichtlinie) und umfasst die in Irland und im Vereinigten Königreich betriebene so genannte «permanent health insurance».

²³ Die Einteilung der Lebensversicherungszweige in Liechtenstein ist in Anhang 2 VersAG geregelt (Art. 4 Abs. 3 VersAG). Gemäss Anhang 2 des VersAG dürfen im Rahmen des Versicherungszweiges 1 «Lebensversicherung» die Versicherung auf den Erlebens- und den Todesfall, die Rentenversicherung sowie Zusatzversicherungen für Unfalltod, Invalidität und Krankheit angeboten werden. Dies gilt nach Auffassung der FMA sinngemäss auch für die fonds- beziehungsweise anteilgebundenen Lebensversicherungen gemäss Zweig 3. Die Einteilung der Zweige in Anhang 2 des VersAG orientiert sich weitestgehend an der Lebensversicherungsrichtlinie. Der Anwendungsbereich ist in Art. 2 der Lebens-

versicherungsrichtlinie definiert. Gemäss Art. 2 Ziff. 1 c umfasst die Lebensversicherungsrichtlinie insbesondere die von den Lebensversicherungsunternehmen betriebenen Zusatzversicherungen zur Lebensversicherung, d.h. insbesondere die Versicherung gegen Körperverletzung einschliesslich der Berufsunfähigkeit, die Versicherung gegen Tod infolge Unfalls, die Versicherung gegen Invalidität infolge Unfalls und Krankheit, sofern diese Versicherungsarten zusätzlich zur Lebensversicherung abgeschlossen werden. Gemäss Anhang I zur Lebensversicherungsrichtlinie werden unter Zweig 1 die Versicherungen nach Art. 2 Nummer 1 Bst. a), b) und c) subsumiert und damit insbesondere die von den Lebensversicherungsunternehmen betriebenen Zusatzversicherungen zur Lebensversicherung.

²⁴ Die Tatsache, dass durch ein Lebensversicherungsunternehmen nur die Zusatzversicherung für Unfalltod, Krankheit und Invalidität angeboten werden kann, zeigt sich gemäss FMA auch darin, dass bei den Bestimmungen in der Verordnung zum Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (VersAV) bezüglich der Berechnung der Solvabilitätsspanne ausschliesslich die Zusatzversicherung für Invalidität aufgeführt wird, jedoch keine Vorgaben für die Berechnung einer selbständigen Invaliditätsversicherung beziehungsweise Berufsunfähigkeitsversicherung aufgeführt sind. Gemäss Art. 22 VersAV (Berechnung der Solvabilitätsspanne für die Zusatzversicherungen) berechnet sich die Solvabilitätsspanne für die Zusatzversicherung der Versicherungszweige 1 und 3 gemäss Anhang 2 VersAG nach Art. 13 bis 15 VersAV und damit nach den Vorschriften in der Schadenversicherung. Diese Bestimmung weist im Weiteren darauf hin, dass auch im Rahmen des Versicherungszweiges 3 (fonds- und anteilgebundene Lebensversicherung) analog zu Zweig 1 (Lebensversicherung) gemäss Anhang 2 VersAG die Risiken Unfalltod, Krankheit und Invalidität nur als Zusatzversicherung angeboten werden dürfen.

²⁵ Von einer Zusatzversicherung für Unfalltod, Krankheit und Invalidität gemäss Art. 21 Abs. 1 und Anhang 2 des VersAG kann demzufolge nur dann ausgegangen werden, wenn diese nicht selbständig abgeschlossen wird und das Interesse des Versicherungsnehmers schwerpunktmässig auf dem Abschluss der Hauptversicherung liegt. Dies kann insbesondere dann angenommen werden, wenn die Leistung aus der Zusatzversicherung nicht grösser ist als die Leistung aus der Hauptversicherung.

²⁶ Gegen die Verfügung der FMA erhob das Lebensversicherungsunternehmen Beschwerde. Die Beschwerdekommision gab der Beschwerde Folge und trug der FMA auf, unter Bindung an die Rechtsansicht der Beschwerdekommision nach Verfahrensergänzung neuerlich zu entscheiden.

²⁷ Im Licht von Art. 3 VersAG prüfte die Beschwerdekommision in einem ersten Schritt, ob die Berufsunfähigkeitsversicherung eine Schadenversicherung darstellt. Sie verneinte das mit dem Argument, eine solche Versicherung sei eine Summenversicherung: Die Versicherungsleistung erfolge unabhängig vom Nachweis eines Schadens, insbesondere einer Einkommenseinbusse. Das Gebot der Spartenentrennung nach Art. 21 Abs. 1 VersAG werde daher vorliegend nicht verletzt.

²⁸ Unter Einbezug rechtsvergleichender Erwägungen (zur Rechtslage in Deutschland und Österreich) führte die Beschwerdekommision sodann aus (Erwägung 4.2):

«In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob ein Versicherungsunternehmen, das die direkte Lebensversicherung betreibt, zugleich auch berechtigt ist, eine Berufsunfähigkeitsversicherung anzubieten. Mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin ist zunächst festzuhalten, dass sowohl die Lebensversicherungsrichtlinie (Art 2 Abs 1 lit a) als auch das VersAG (Art 4 Abs 1) nicht abschliessend definieren, was unter einer Lebensversicherung zu verstehen ist (arg. <insbesondere>). So hält denn auch die Regierung im Bericht und Antrag zur Schaffung eines Gesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 03.10.1995, Nr. 82/95, fest (S. 18), dass Art 4 Abs 1 die wichtigsten Arten der Lebensversicherung umschreibt. Es werde davon ausgegangen, so die Regierung weiter, dass die Versicherungszweige der gemischten Versicherung und der Lebensversicherung mit Prämienrückgewähr, die nicht ausdrücklich erwähnt würden, in der Lebensversicherung gemäss Anhang 2 Ziff 1 mitenthalten seien. Somit ist es möglich, dass eine Berufsunfähigkeitsversicherung eine Lebensversicherung im Sinne von Art 4 Abs 1 VersAG darstellen kann.»

«Wenn in der Lebensversicherungsrichtlinie (Art 2 Z 1 lit c) die Berufsunfähigkeitsversicherung unter den Zusatzversicherungen angeführt ist, so steht dies dem getroffenen Befund nicht entgegen, ist doch dadurch nicht ausgeschlossen, dass die Berufsunfähigkeitsversicherung als Lebensversicherung auch selbständig vertrieben werden kann (siehe wiederum Art 2 Abs 1 lit a der Lebensversicherungsrichtlinie – <insbesondere>).»

«Dass schliesslich der liechtensteinische Gesetzgeber eine selbständige Berufsunfähigkeitsversicherung nur deshalb, weil er sie im Gesetz nicht namentlich anführt, nicht zulassen wollte, ist aufgrund der bereits erwähnten Bestimmung des [Art.] 4 Abs 1 VersAG (<insbesondere>) auszuschliessen. Ebenso bieten die von der Finanzmarktaufsicht herangezogenen Bestimmungen der VersAV keine Handhabe dafür, eine selbständige Berufsunfähigkeitsversicherung auszuschliessen: Dann wäre nämlich bloss davon auszugehen, dass mit der VersAV das VersAG nicht korrekt umgesetzt wurde, was letztlich eine Abänderung der VersAV nach sich ziehen würde.»

«Somit ergibt sich als zweiter rechtlicher Befund, dass eine selbständige Berufsunfähigkeitsversicherung eine Lebensversicherung darstellt und die einem Versicherungsunternehmen erteilte Bewilligung zum Betrieb einer Lebensversicherung grundsätzlich auch zum Betrieb einer Berufsunfähigkeitsversicherung berechtigt.»

2.2 ANORDNUNG VORSORGLICHER MASSNAHMEN /
EINSETZUNG EINES SONDERBEAUFTRAGTEN

²⁹ Die [X AG] ist ein Unternehmen mit Sitz in Liechtenstein, dem die FMA eine Bewilligung zum Betrieb der Lebensversicherung erteilt hatte. Aufgrund diverser Mitteilungen bezüglich einer Verschlechterung der finanziellen Situation der [X AG] führte die FMA im Jahr 2008 eine Vor-Ort-Kontrolle in den Geschäftsräumlichkeiten der [X AG] durch.

³⁰ Nach der Vor-Ort-Kontrolle wurde die [X AG] mit Verfügung der FMA aufgefordert, verschiedene Massnahmen umzusetzen. Unter anderem wurde die [X AG] aufgefordert, einen testierten Halbjahresabschluss per 30. Juni 2008 zu erstellen, welcher den gesetzlichen Vorgaben entspricht. Die Verfügung der FMA wurde innerhalb der Rechtsmittelfrist nicht angefochten und erwuchs daher in Rechtskraft.

³¹ In der Folge zeigte sich, dass die [X AG] den Vorgaben der FMA nicht vollständig nachkam. Aufgrund einer durchgeführten Sonderprüfung und einlässlicher Analysen durch die FMA wurde der [X AG] mit einer weiteren Verfügung aufgegeben, ausreichende anrechenbare Eigenmittel zur Bedeckung von Garantiefonds und Solvabilitätsspanne beizubringen und die Unterbilanz im Sinne von Art. 182e Abs. 1 PGR zu beheben. Die Verfügung wurde auf Beschwerde hin durch die Beschwerdekommision in den hier relevanten Punkten weitgehend geschützt, mit Ausnahme der Aufforderung zur Behebung der Unterbilanz.

³² Da die finanzielle Lage der [X AG] weiterhin unbefriedigend blieb und zusätzliche Missstände festgestellt werden mussten, ordnete die FMA mit Verfügung (im Jahr 2010) mehrere vorsorgliche Massnahmen an. Diese enthielten folgende Anordnungen:

- a) Untersagung des Abschlusses von neuen Versicherungsverträgen bis zum erfolgten Nachweis, dass die gesetzlichen Bestimmungen betreffend Garantiefonds und Solvabilität eingehalten werden und dass die Einhaltung dieser Bestimmungen längerfristig gesichert ist.
- b) Einsetzung eines Sonderbeauftragten gestützt auf Art. 47 Abs. 3 VersAG mit umfassender Aufgabenstellung und entsprechenden Kompetenzen.
- c) Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung.

³³ Zur Anordnung der vorübergehenden Einstellung von Neugeschäften führte die FMA aus:

«Nach Art. 47 Abs. 1 VersAG hat die FMA alle erforderlichen Befugnisse zur Erfüllung ihrer Kontroll- und Überwachungspflichten, um ihre Aufgaben nach dem VersAG zu erfüllen. Sie kann Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um Missstände zu vermeiden oder zu beseitigen (Art. 47 Abs. 2 VersAG).»

«Damit die FMA eindeutig und mit hinreichender Sicherheit feststellen kann, dass [X AG] innert der mit FMA-Verfügung festgelegten Frist (31. März 2010) ausreichende anrechenbare Eigenmittel zur Deckung des Garantiefonds gemäss Art. 15 VersAG i. V. m. 27 VersAV und der Solvabilitätsspanne gemäss Art. 15 VersAG i. V. m. Art. 19 bis 22 und 25 bis 26 VersAV beschafft hat, ist ein Review von [YAG] nicht ausreichend, da die sogenannte prüferische Durchsicht keine Abschlussprüfung, sondern lediglich eine kritische Würdigung des Abschlusses auf der Grundlage einer Plausibilitätsbeurteilung darstellt. Gemessen an der Tragweite der FMA-Verfügung [...], mit welcher [X AG] zur Herstellung gesunder Finanzverhältnisse aufgefordert wurde und des bei Nichterfüllung der gesetzlichen Kapitalanforderungen bestehenden Risikos für die Versicherten und die Reputation des Finanzplatzes generell, stellt ein Review somit keine ausreichende Grundlage zur Festlegung weiterer aufsichtsrechtlicher Massnahmen dar. Damit die FMA über allfällige weitere notwendige aufsichtsrechtliche Massnahmen entscheiden kann, die bei Nichteinhaltung der gesetzlichen Vorschriften betreffend Kapitalausstattung zu ergreifen sind und tiefgreifende Auswirkungen auf [X AG] haben können, ist es essenziell, dass die FMA ein klares, eindeutiges und damit unmissverständliches Bild über die finanzielle Situation von [X AG] gewinnt. Zudem muss eindeutig ersichtlich sein, welche Berechnungsgrundlagen bei der Erstellung des Quartalsabschlusses verwendet wurden. Dies ist aufgrund eines Reviews für die FMA und die Revisionsstelle jedoch nicht ersichtlich.»

«Durch die Tatsache, dass grosse und begründete Zweifel darüber bestehen, ob die Mindestanforderungen an die Bedeckung der Solvabilitätsspanne und des Mindestgarantiefonds derzeit durch [X AG] eingehalten sind und damit auch die Unternehmensfortführung aufgrund der aktuellen finanziellen Situation ernsthaft gefährdet ist und zudem auch nicht absehbar ist, dass [X AG] kurzfristig die notwendigen finanziellen Mittel zur Herstellung gesunder finanzieller Verhältnisse bereitstellen kann, sind die Versicherteninteressen derzeit ernsthaft gefährdet. Der Abschluss neuer Versicherungsverträge vor der abschliessenden Klärung der finanziellen Situation würde daher sowohl die bestehenden Versicherungsverträge als auch die Interessen potentieller künftiger Kunden ernsthaft gefährden. Dies auch deshalb, weil grundsätzlich der Abschluss von Neugeschäft die Solvabilitätsspanne und damit den Eigenkapitalbedarf weiter erhöht. Die Gefahr der Nichteinhaltung der gesetzlichen Kapitalvorschriften wird damit zusätzlich vergrössert.»

³⁴ Zum Entfallen der aufschiebenden Wirkung einer etwaigen Beschwerde hielt die FMA fest:

«Gemäss Art. 116 Abs. 3 Bst. a LVG kommt der Anfechtung einer verwaltungsbehördlichen Entscheidung oder Verfügung aufschiebende Wirkung dann nicht zu, wenn der sofortige Vollzug derselben durch ein von Amtes wegen zu wahrendes öffentliches Interesse geboten erscheint.»

«Eine unverzügliche Durchführung der vorliegend angeordneten vorsorglichen Massnahmen ist zur Wahrung der auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen (Schutz des Finanzplatzes, des Vertrauens in das liechtensteinische Versicherungswesen sowie des Versichertenschutzes) geboten. Um ihre angedachte Wirkung (umgehende und eindeutige Feststellung der finanziellen Situation nach

den versicherungsaufsichtsrechtlichen Vorgaben und den Vorgaben der FMA sowie der Schutz der Versicherteninteressen) zu zeitigen, ist eine möglichst zeitnahe Durchführung dieser Massnahmen notwendig. Ein Gewähren der aufschiebenden Wirkung hätte eine nicht zu verantwortende und mit den drohenden Risiken nicht zu vereinbarende Gefährdung von Kundeninteressen und damit auch die Gefährdung der Interessen des Finanzplatzes zur Folge.»

³⁵ Betreffend die Aufforderung zur Behebung der Unterbilanz, welche in der früheren Verfügung der FMA enthalten war, führte die Beschwerdekommision aus (Erwägung 11):

«Zum Auftrag, die Unterbilanz im Sinne vom Art 182e Abs 1 PGR zu beheben: Wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt, richtet sich die Bestimmung des Art 182e Abs 1 PGR an die Verwaltung einer Verbandsperson und legt Art 182f PGR der Verwaltung die Verpflichtung auf, gegebenenfalls das Gericht zu informieren. Die Finanzmarktaufsicht ist tatsächlich nicht dafür zuständig, auf die Einhaltung dieser Bestimmung zu dringen. Die Finanzmarktaufsicht hat sich darauf zu beschränken, Versicherungsunternehmen im Sinne der Art. 35ff VersAG zu beaufsichtigen und gegebenenfalls im Sinne der Art 35 Abs 2 und 37 (ab 01.01.2010: auch Art 37a und 37b) iVm den Art 14 und 15 VersAG tätig zu werden. Insoweit war der Beschwerde somit Folge zu geben.»

2.3 VERSICHERUNGSVERMITTLUNG

2.3.1 Verletzung der Informations- und Beratungspflichten

³⁶ Aufgrund von Vor-Ort-Kontrollen durch die FMA musste verschiedentlich festgestellt werden, dass Versicherungsvermittler nicht immer den ihnen vom Gesetz auferlegten Informations- und Beratungspflichten nachkommen.

³⁷ 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 gemäss 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.

³⁸ In Beachtung von Art. 13 Abs. 1 Bst. a bis e VersVermG muss der Versicherungsvermittler den Versicherungsnehmer vor dem Abschluss des ersten Versicherungsvertrages mindestens über Folgendes informieren:

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

³⁹ Gestützt auf Art. 14 Abs. 3 VersVermG hat der Versicherungsvermittler dem Kunden mitzuteilen, ob er

- seinen Rat auf eine ausgewogene Untersuchung stützt; oder
- vertraglich verpflichtet ist, Versicherungsvermittlungsgeschäfte ausschliesslich mit einem oder mehreren Versicherungsunternehmen zu tätigen. In diesem Fall teilt er dem Versicherungsnehmer auf Antrag auch die Namen dieser Versicherungsunternehmen mit; oder
- nicht vertraglich verpflichtet ist, Versicherungsvermittlungsgeschäfte ausschliesslich mit einem oder mehreren Versicherungsunternehmen zu tätigen, und seinen Rat nicht auf eine ausgewogene Untersuchung stützt. In diesem Fall teilt er dem Versicherungsnehmer auf Antrag auch die Namen derjenigen Versicherungsunternehmen mit, mit denen er Versicherungsgeschäfte tätigen darf und auch tätigt.

⁴⁰ In Art. 15 VersVermG ist festgehalten, in welcher Form der Versicherungsvermittler dem Versicherungsnehmer die in Art. 13 und 14 VersVermG aufgelisteten Informationen mitzuteilen und in welcher Form die Beratung zu erfolgen hat. Das hat wie folgt zu geschehen:

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

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

⁴¹ Wird eine Verletzung der Informations- und Beratungspflichten festgestellt, fordert die FMA den Versicherungsvermittler auf, den rechtmässigen Zustand im Sinne des VersVermG herzustellen. Sie verknüpft diese Aufforderung regelmässig mit der Anordnung konkreter Massnahmen, die durch den betroffenen Vermittler umzusetzen sind.

⁴² Bereits im letzten Berichtsjahr (FMA-Praxis 2009, Ziff. 47 ff.) ist die Frage behandelt worden, unter welchen Voraussetzungen eine Internetseite als «dauerhafter Datenträger» zur Vermittlung der erforderlichen Informationen betrachtet werden kann. Im Nachgang zu dem in diesem Zusammenhang erstellten Gutachten des EFTA-Gerichtshofs (a.a.O.) hatten FMA und Beschwerdekommision im bezüglichen Ausgangsfall darüber zu befinden, ob eine konkrete Internet-Website den durch den Gerichtshof formulierten Anforderungen genüge. Die Beschwerdekommision führte aus:

«Soweit für den Fortgang des Beschwerdeverfahrens von Bedeutung führte der EFTA-Gerichtshof aus, dass zwischen ‹gewöhnlichen› Internet-Websites einerseits und ‹fortgeschrittenen› Internet-Websites andererseits zu unterscheiden ist. Eine ‹gewöhnliche› Internet-Website diene als dynamischer elektronischer Host oder als Portal für die Bereitstellung von Informationen, die im Allgemeinen vom Betreiber der Internet-Seite beliebig geändert werden könnten. Eine Internetseite mit den genannten Eigenschaften, einschliesslich der Möglichkeit des Betreibers zur Änderung des Inhalts, entspreche damit nicht den in Art 2 Nr. 12 Abs 1 der Richtlinie (Anmerkung: 2002/92/EG) vorgesehenen Anforderungen hinsichtlich der Gewährleistung der unveränderten Wiedergabe. Sie könne daher nicht als dauerhafter Datenträger im Sinne des genannten Artikels angesehen werden. In Bezug auf ‹fortgeschrittene› Internet-Websites müsse unterschieden werden zwischen ‹fortgeschrittenen› Internet-Websites, die als Portal für die Bereitstellung von Informationen auf einem anderen Medium dienen, das als dauerhafter Datenträger betrachtet werden kann, und ‹fortgeschrittenen› Internet-Websites, die selbst dauerhafte Datenträger darstellen könnten. Die erste Unterkategorie ‹fortgeschrittener› Internet-Websites erlaube dem Benutzer im Wesentlichen den Zugriff auf Informationen, z. B. in Form einer E-mail mit Anhang, die er kopieren und auf seinem eigenen Computer speichern könne. Damit diese Methode der Kommunikation als Bereitstellung von Informationen auf einem dauerhaften Datenträger gelten könne, müsse die Internet-Website Elemente enthalten, die den Verbraucher mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dazu anhielten, die Informationen in Papierform zu sichern oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zu speichern. Die zweite Unterkategorie ‹fortgeschrittener› Internet-Websites enthalte einen sicheren Speicherbereich für einzelne Nutzer, auf welchen mittels Benutzernamen und Passwort zugegriffen werden könne.»

⁴³ In casu vertrat die FMA die Auffassung, dass der streitige Internet-Auftritt eine «gewöhnliche» Website darstelle, beliebig geändert werden könne und daher nicht als dauerhafter Datenträger zu qualifizieren sei. Die Beschwerdekommision schützte die Rechtsauffassung der FMA und hielt dafür, es spreche nichts dagegen, dass die betroffene Vermittlerin gesetzes- und verordnungskonforme Informationen, die sie auf ihrer Website veröffentlicht, ausdrücke und ihren Kunden aushändige. Damit würde der Informationspflicht nach Art. 15 Abs. 1 Bst. a i. V. m. Art. 13 VersVermG Genüge getan.

2.3.2 Aufsichtsabgaben

⁴⁴ In einem Fall hatte ein Versicherungsvermittler der FMA mitgeteilt, dass er seine Geschäftstätigkeit zum 31. Dezember 2009 einstellen werde. Dies nahm die FMA mit Schreiben vom 11. Januar 2010 zur Kenntnis, widerrief die Bewilligung und entliess den Vermittler aus der Aufsicht. Für das Geschäftsjahr 2009 war noch eine Aufsichtsabgabe zu entrichten, bestehend aus einer festen Grundabgabe und einer Zusatzabgabe. Gegen die bezügliche Verfügung wurde Beschwerde erhoben. Im Entscheid der Beschwerdekommision wird festgehalten:

«Die Beschwerde macht geltend, dass der Jahresbeitrag als Versicherungsvermittler für das Jahr 2009 auf CHF 2 433.33 erhöht worden sei. Diese Erhöhung sei unverhältnismässig und auch nicht mit einer Mehrleistung seitens der Finanzmarktaufsicht zu begründen. Kleine Unternehmen würden gegenüber grösseren diskriminiert. Der Beitrag müsste nach Umsatz erhoben werden, um eine gerechtere Aufteilung zu erreichen. Zudem sei die Beschwerdeführerin nie in der Vermittlung tätig gewesen und per 01.01.2010 aufgelöst worden. Die Beschwerde mündet im Antrag, den Betrag auf insgesamt CHF 150.00 zu ermässigen.»

⁴⁵ Die Beschwerdekommision wies die Beschwerde zurück und führte aus:

«Nach den Bestimmungen der FMA-GebV in der hier noch anzuwendenden Fassung (siehe Art 39 FMA-GebV, LGBl. 2009 Nr. 388) besteht die Aufsichtsabgabe aus einer festen Grundabgabe und einer von der Anzahl der im Register eingetragenen Personen abhängigen Zusatzabgabe, wobei die Grundabgabe für juristische Personen CHF 2 000.00 und pro natürlicher Person, die im Register eingetragen ist, CHF 200.00 beträgt (Art 6 FMA-GebV, LGBl. 2007 Nr. 355). Da die Beschwerdeführerin während des gesamten Jahres 2009 über eine Bewilligung nach dem VersVermG verfügte, betrug die Grundabgabe für sie CHF 2 000.00, und zwar unabhängig davon, ob sie in diesem Jahr überhaupt als Versicherungsvermittler tätig war. Auch die Zusatzabgaben wurden seitens der Finanzmarktaufsicht richtig berechnet, sodass sich die von der Beschwerdeführerin zu entrichtenden Aufsichtsabgaben (Grund- und Zusatzabgaben) insgesamt mit CHF 2 433,33 berechnen. Die Finanzmarktaufsicht ist ebenso wie die Beschwerdekommision an die Gesetze und Verordnungen des Fürstentums Liechtenstein gebunden (Legalitätsprinzip – Art 78 Abs 1 LV). Auf das Beschwerdevorbringen, wonach die Gebühr unverhältnismässig hoch und gegenüber grösseren Unternehmen diskriminierend, also zusammengefasst nicht gerecht sei, wäre somit ohnedies nicht einzutreten gewesen, da die FMA-GebV (in der bis 31.12.2009 anzuwendenden Fassung) keine andere Berechnungsart von Aufsichtsabgaben vorsah.»

ANDERE FINANZINTERMEDIÄRE

3. ANDERE FINANZINTERMEDIÄRE

3.1 VERLETZUNG VON SORGFALTPFLICHTEN

⁴⁶ Wie in den früheren Berichtsperioden waren auch im Jahr 2010 Verletzungen von Sorgfaltspflichten im Sinne des SPG festzustellen. In solchen Fällen wird zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes aufgefordert, und es können auch Bussen ausgesprochen werden (Art. 31 Abs. 1 Bst. b i. V. m. Art. 28 Abs. 1 Bst. a SPG). Zudem wird bei wiederholten oder schwerwiegenden Verstössen gegen einzelne Bestimmungen des SPG und zur Vermeidung weiterer Verstösse die Aufnahme neuer Geschäftsbeziehungen befristet verboten (Art. 28 Abs. 1 Bst. d SPG).

⁴⁷ Das SPG vom 26. November 2004 (aSPG) und die zugehörige Verordnung vom 11. Januar 2005 (aSPV) finden auf Personen Anwendung, welche unter den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich fallen (Art. 3 i. V. m. Art. 4 aSPG). Laut Art. 3 Abs. 1 Bst. g aSPG fallen unter den Begriff des Sorgfaltspflichtigen natürliche Personen mit einer Bewilligung nach dem Gesetz über die Treuhänder und nach Art. 3 Abs. 1 Bst. h aSPG natürliche Personen mit einer Bestätigung nach Art. 180a PGR. Nach Art. 4 Abs. 2 Bst. b aSPG ist unter dem Begriff des Finanzgeschäfts auch die Tätigkeit als Organ eines im Domizilstaat nicht kaufmännisch tätigen Rechtsträgers zu verstehen.

⁴⁸ Unter den Geltungsbereich des neuen SPG vom 11. Dezember 2008 fallen Treuhänder mit einer Bewilligung nach dem Treuhändergesetz (Art. 3 Abs. 1 Bst. k SPG) sowie Träger einer Berechtigung nach Art. 180a PGR, soweit sie auf fremde Rechnung die Funktion eines Gesellschafters einer Personengesellschaft oder eines Organs oder Geschäftsführers eines Rechtsträgers auf fremde Rechnung ausüben (Art. 3 Abs. 1 Bst. o SPG).

⁴⁹ Laut aSPG und SPG hat der Sorgfaltspflichtige den Vertragspartner zu identifizieren, gegebenenfalls die wirtschaftlich berechnete Person festzustellen und zu überprüfen, eine risikoadäquate Überwachung der auf Dauer angelegten Geschäftsbeziehungen sicherzustellen, ein Profil zu erstellen, Abklärungen zu treffen und bei Verdachtsmomenten eine Mitteilung an die Stabsstelle FIU zu erstatten (Art. 5 ff. aSPG/SPG). Zudem hat der Sorgfaltspflichtige die Einhaltung dieser Sorgfaltspflichten zu dokumentieren und die interne Organisation sicherzustellen (Art. 20 ff. aSPG/SPG) sowie Kriterien zu ermitteln, welche auf erhöhte Risiken hinweisen, und interne Weisungen zu erlassen, wie diese Risiken einzugrenzen und zu überwachen sind (Art. 27 i. V. m. Art. 33 aSPV/Art. 31 i. V. m. Art. 37 SPV). Insbesondere ist in den internen Weisungen hinsichtlich politisch exponierter Personen sowohl die Geschäftspolitik als auch das Risikomanagement zur Erkennung festzulegen (Art. 27 Abs. 2 Bst. i aSPV/Art. 31 Abs. 2 Bst. i SPV). Ebenfalls sind in einem internen Jahresbericht die Massnahmen festzuhalten, die im vergangenen Kalenderjahr zur Umsetzung des SPG getätigt wurden (Art. 21 aSPG/SPG).

⁵⁰ Die Sorgfaltspflichtakten müssen derart erstellt und aufbewahrt werden, dass die gebotenen Sorgfaltspflichten jederzeit erfüllt werden können, sie fachkundigen Dritten ein zuverlässiges Urteil über die Einhaltung der Bestimmungen des Gesetzes und der Verordnung ermöglichen und Begehren von zuständigen inländischen Behörden und Gerichten, Wirtschaftsprüfern, Revisions- und Kontrollstellen innerhalb angemessener Frist vollständig nachgekommen werden kann (Art. 25 Abs. 2 aSPV/Art. 28 Abs. 1 SPV). Die Sorgfaltspflichtakten sind nach Art. 25 Abs. 2 Bst. b aSPV/Art. 28 Abs. 1 Bst. b SPV so zu führen, dass sich ein fachkundiger Dritter ein zuverlässiges Urteil über die Einhaltung der Sorgfaltspflichten machen kann.

⁵¹ In einem Fall wurde eine Person, welche über eine Berechtigung nach Art. 180a PGR verfügt, durch die FMA verpflichtet, die Feststellung und Überprüfung der Identität des Vertragspartners nach Art. 6 SPG, die Feststellung und Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person nach Art. 7 SPG i.V.m. Art. 3 SPV und die Erstellung der Geschäftsprofile nach Art. 8 SPG i.V.m. Art. 20 SPV sowie deren Dokumentation nach Art. 20 SPG i.V.m. Art. 27 f. SPV für bestimmte Geschäftsbeziehungen innert drei Monaten ab Erhalt der Verfügung – unter Androhung von Busse im Falle der Nichtbeachtung von bis zu CHF 100 000.00 – vorzunehmen. Zudem wurde sie unter Androhung von Busse aufgefordert, innert drei Monaten den Erlass von internen Weisungen nach Art. 21 SPG i.V.m. Art. 31 SPV und die Anlegung von Jahresberichten nach Art. 21 SPG i.V.m. Art. 30 SPV vorzunehmen. Sodann wurde dem Sorgfaltspflichtigen die Aufnahme neuer Geschäftsbeziehungen bis zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes, längstens aber für die Dauer von einem Jahr ab Erhalt der Verfügung, unter Androhung von Busse im Falle der Nichtbeachtung von bis zu CHF 100 000.00, nach Art. 28 Abs. 1 Bst. d SPG verboten.

3.2 ANORDNUNG EINER SACHVERHALTSFESTSTELLUNG

⁵² Gemäss Art. 4 FMAG sorgt die FMA für die Gewährleistung der Stabilität des Finanzmarktes Liechtenstein, den Schutz der Kunden, die Vermeidung von Missbräuchen sowie die Umsetzung und Einhaltung anerkannter internationaler Standards. Das SPG, dessen Aufsicht und Vollzug der FMA obliegt (Art. 5 Abs. 1 Bst. p FMAG), regelt die Sicherstellung der Sorgfalt bei berufsmässiger Ausübung von Finanzgeschäften (aSPG) bzw. der diesem Gesetz unterstellten Tätigkeiten und dient der Bekämpfung von Geldwäscherei, organisierter Kriminalität und Terrorismusfinanzierung (Art. 1 SPG) und damit letztlich dem Ansehen und dem Vertrauen in den Finanzplatz Liechtenstein.

⁵³ Gestützt auf Art. 26 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 FMAG (vor der Abänderung durch LGBI. 2011 Nr. 44) ist die FMA beziehungsweise eine von der FMA beauftragte Revisionsgesellschaft befugt, von unterstellten oder nicht unterstellten Personen Auskünfte und Unterlagen zu verlangen, wenn Umstände vorliegen, die den Ruf des Finanzplatzes Liechtenstein als gefährdet erscheinen lassen. Dieselben Befugnisse zur Feststellung, ob gegen finanzmarktaufsichtsrechtliche Vorschriften, insbesondere die Pflicht zur Wahrnehmung der Sorgfaltspflichten, verstossen wird, besitzt die FMA beziehungsweise eine von ihr beauftragte Revisionsgesellschaft auch nach Art. 28 Abs. 1 Bst. c SPG.

⁵⁴ Gestützt auf Art. 26 Abs. 2 Satz 1 der damals geltenden Fassung des FMAG beauftragte die FMA eine in der Schweiz domizilierte Revisionsgesellschaft mit der Durchführung einer Sachverhaltsfeststellung. Untersucht werden sollte, nach Feststellung des relevanten Sachverhalts, ob im Rahmen behaupteter Handlungen beziehungsweise Aktivitäten die Umstände zur Gefährdung des Rufes des Finanzplatzes Liechtenstein verwirklicht wurden und ob damit gegen finanzmarktaufsichtsrechtliche Vorschriften, insbesondere die Pflicht zur Wahrnehmung der Sorgfaltspflichten, verstossen worden ist. Die Verfügungsadressatin wurde angewiesen, der mit der Durchführung der Sachverhaltsfeststellung betrauten Revisionsgesellschaft alle Auskünfte zu erteilen und Unterlagen, unabhängig davon, ob diese physisch oder elektronisch gespeichert beziehungsweise vorhanden waren, zur Verfügung zu stellen, die zum Zwecke der Feststellung des Sachverhalts nötig waren und von der Revisionsgesellschaft bezeichnet wurden. Es wurde auch untersagt, die vorhandenen Datenträger und Datensätze, ungeachtet dessen, ob diese physisch, elektronisch oder sonst wie gespeichert beziehungsweise vorhanden waren, zu vernichten, zu überschreiben, unlesbar zu machen oder sonst wie dem Zugriff der Revisionsgesellschaft zu entziehen.

⁵⁵ Die Kosten der angeordneten Sachverhaltsfeststellung wurden gemäss Art. 26 Abs. 2 Satz 2 FMAG der Verfügungsadressatin auferlegt.

⁵⁶ Gegen die Verfügung der FMA wurde Beschwerde erhoben – ohne Erfolg, soweit der Kern der Verfügung betreffend Sachverhaltsfeststellung betroffen war.

⁵⁷ In rechtlicher Hinsicht führte die FMA-BK zur Frage, ob «Umstände vorliegen, die den Ruf des Finanzplatzes als gefährdet erscheinen lassen» (Art. 26 Abs. 1 Satz 2 FMAG) aus, dass nach der einschlägigen Judikatur der liechtensteinischen Rechtsmittelinstanzen bei der Beurteilung dieser Frage kein strenger Massstab anzulegen sei. So halte die VBI in ihrer Entscheidung vom 28. Mai 2003, AZ. VBI 2003/32, in Bezug auf das gesetzliche Erfordernis des «Zweifels an der Wahrung der Sorgfaltspflichten» fest, dass derartige Zweifel sowohl durch das Verhalten des Finanzintermediärs selbst als auch «von aussen», so z.B. durch Medienberichte, begründet werden könnten. Der Zweifel müsse begründet sein, was auch dann der Fall sei, wenn sich der Zweifel z.B. aus dem Inhalt der Berichterstattung von Medien ergebe, welche sich regelmässig mit wirtschaftlichen und politischen Themen befassten. Vorsicht in Bezug auf die Schlüssigkeit des Inhaltes von Berichterstattungen sei aber z.B. dann angebracht, wenn es sich um Medien handle, welche sich normalerweise lediglich dem

Gesellschaftsklatsch, Kochrezepten etc. widmen würden und bis anhin keine wirtschaftliche oder politische Sachkompetenz an den Tag gelegt hätten oder allgemein als unseriös gelten würden. In den Entscheidungen vom 27. März 2009 und 16. Juni 2009 hätten die Beschwerdekommision und der Verwaltungsgerichtshof diese Rechtsprechung aufrecht erhalten und weiter entwickelt. Die Beschwerdekommision hielt dazu – unter Billigung durch den Verwaltungsgerichtshof – ausdrücklich fest, dass sich die Finanzmarktaufsicht dann, wenn sie angesichts dieser Berichterstattung untätig geblieben wäre und nicht die entsprechende ausserordentliche Kontrolle (nach dem SPG) angeordnet hätte, tatsächlich dem Vorwurf ausgesetzt hätte, der Finanzplatz Liechtenstein könnte für malversive Zwecke missbraucht werden und die Finanzmarktaufsicht würde keinerlei aufsichtsrechtliche Massnahmen ergreifen. Ebenso hielt die Beschwerdekommision – wiederum gebilligt vom Verwaltungsgerichtshof – fest, dass der Umstand, dass kurz zuvor eine (ordentliche) Kontrolle nach dem SPG bei der in Liechtenstein domizilierten Gesellschaft durchgeführt worden war, die keine (gröberen) Mängel zu Tage gebracht habe, keinen hinreichenden Grund darstelle, von einer ausserordentlichen Kontrolle nach dem SPG Abstand zu nehmen. Es sei zur Anordnung einer Feststellung eines Sachverhaltes nach Art. 26 FMAG ebenso wie zur Anordnung einer ausserordentlichen Kontrolle nach Art. 28 Abs. 1 Bst. c i. V. m. Art. 25 SPG lediglich erforderlich, dass (objektiv gesehen) Umstände vorliegen würden, die den Ruf des Finanzplatzes Liechtenstein als gefährdet erscheinen liessen. Nicht erforderlich sei, dass bereits der Verdacht bestehe, dass konkrete Personen schuldhaft gehandelt hätten; ebenso sei nicht erforderlich, dass bereits entsprechende Beweise vorliegen würden. [...] Damit sei die Tatbestandsvoraussetzung des Art. 26 FMAG erfüllt und die Finanzmarktaufsicht berechtigt, ein Verfahren zur Feststellung des Sachverhaltes einzuleiten (vgl. dazu ergänzend auch Rz. 61).

⁵⁸ Zur Frage der Abgrenzung und der Unterschiede einer Sachverhaltsfeststellung nach Art. 26 FMAG und einer ordentlichen Sorgfaltspflichtkontrolle nach Art. 24 SPG stellte die FMA-BK klar, dass die Anordnung einer Sachverhaltsfeststellung auch parallel zu einer ordentlichen Sorgfaltspflichtprüfung zulässig sei und es müsse nicht dieselbe Revisionsgesellschaft mit beiden Prüfungen beauftragt werden. Eine derartige Verpflichtung sei dem Gesetz nicht zu entnehmen. Was die Auswahl des Wirtschaftsprüfers, der Revisionsgesellschaft oder der spezialgesetzlichen Revisionsstelle nach Art. 26 Abs. 2 Satz 1 FMAG betreffe, komme der FMA ein weitgehendes Ermessen zu. Revisionsgesellschaften, welche die Bewilligungsvoraussetzungen in Liechtenstein erfüllen würden, könnten als geeignet angesehen werden, die Tätigkeit nach Art. 26 Abs. 2 FMAG zu erbringen. Die FMA sei nicht verpflichtet, in der Verfügung darzulegen, warum gerade diese Gesellschaft ausgewählt werde und nicht eine andere. Weiter führte die FMA-BK aus, dass Art. 24 Abs. 6 SPG bei ausserordentlichen Kontrollen keine Anwendung finde, da die dort beschriebene Vorgangsweise (zwei Vorschläge für Wirtschaftsprüfer oder Revisionsgesellschaften an die FMA durch den Sorgfaltspflichtigen mit Hinweis auf Präferenz) den Intentionen einer ausserordentlichen Kontrolle nach Art. 25 SPG zuwiderlaufen würde.

⁵⁹ Die Verfügungsadressatin brachte vor, dass seitens der Finanzmarktaufsicht Anzeige an die Staatsanwaltschaft erstattet worden sei und somit der Ausgang des Strafverfahrens abzuwarten gewesen wäre. Hierzu die Begründung der FMA-BK:

«Eine derartige Einschränkung der Aufsichtstätigkeit der Finanzmarktaufsicht lässt sich indes dem Gesetz nicht entnehmen. Die Finanzmarktaufsicht ist dazu berechtigt und dazu verpflichtet (§ 53 Abs 1 StPO), die ihr strafrechtlich relevant erscheinenden Sachverhalte der liechtensteinischen Staatsanwaltschaft mitzuteilen. Davon unabhängig kann die Finanzmarktaufsicht bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen – wie hier – nach Art 26 FMAG ein Verfahren zur Feststellung des Sachverhaltes einleiten. Der Finanzmarktaufsicht kommt dabei ein weites Ermessen zu [...]. Ob sie vorerst die Ergebnisse des Strafverfahrens abwartet oder ob sie ein Verfahren zur Feststellung des Sachverhaltes nach Art 26 FMAG parallel zum Strafverfahren durchführt, ist ihr überlassen. Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass beide Verfahrensarten einen durchaus unterschiedlichen Zweck verfolgen können: Während das Strafverfahren darauf gerichtet ist, einen den Strafbehörden zur Kenntnis gelangten Verdacht zu erhärten oder auszuschliessen und gegebenenfalls natürliche Personen wegen einer den Gerichten zur Aburteilung zugewiesenen Handlung zu bestrafen (§ 1 Abs 1 StPO), hat die Finanzmarktaufsicht Aufsichtsaufgaben wahrzunehmen, die auch anderen Zwecken dienen, nämlich die Stabilität des Finanzmarktes Liechtenstein zu gewährleisten, Kunden zu schützen, Missbräuche zu vermeiden und international anerkannte Standards umzusetzen (Art 4 FMAG). Wenn nun die Finanzmarktaufsicht ihr Verfahren nach Art 26 FMAG parallel zum Strafverfahren fortsetzt, so ist dies nicht zu beanstanden.»

⁶⁰ Aufgehoben wurden die (vorläufige) Anordnung der Kostentragung (vgl. dazu hiernach Rz. 61) sowie die explizite Untersagung, vorhandene Datenträger zu zerstören. Hierzu die FMA-BK:

«Dazu ist festzuhalten, dass das Gesetz (FMAG bzw. LVG) der Finanzmarktaufsicht dazu keine Kompetenz einräumt, gegenüber einer unterstellten Person eine derartige Anordnung zu treffen. Dies hat auch die Finanzmarktaufsicht richtig erkannt, möchte jedoch diese Kompetenz aus der Befugnis, Auskünfte einzuholen und Unterlagen einzuverlangen, implizit ableiten. Zuzufolge des Legalitätsprinzips (Art 78 Abs 1 LV) ist dies der Finanzmarktaufsicht jedoch verwehrt. Allerdings ist eine derartige Anordnungsbefugnis nach Auffassung der Beschwerdekommision auch gar nicht notwendig, ergibt sich doch aus den einschlägigen Bestimmungen des Strafgesetzbuches (siehe z. B. §§ 229, 293, 295) und des SPG (Art 30 Abs 1 lit l und Art 31 Abs 1 lit a), dass es einer von einem Verfahren nach Art 26 FMAG betroffenen Person untersagt ist, Urkunden aber auch Daten, die für die Sachverhaltsfeststellung von Bedeutung sein können, zu manipulieren bzw. zu vernichten, und wäre ein Treuhänder nach den Art 17–23 TrHG jedenfalls disziplinar verantwortlich.»

⁶¹ Nach Durchführung der Untersuchungen stellte die Revisionsgesellschaft der FMA ihren Bericht zu. Im Ergebnis förderte der Untersuchungsbericht zahlreiche SPG-Verletzungen zu Tage. Mit Verfügung auferlegte die FMA gestützt auf Art. 26 Abs. 2 FMAG (vor der Abänderung durch LGBl. 2011 Nr. 44) der Verfügungsadressatin die Kosten der Sachverhaltsfeststellung. Die FMA begründete den Kostenentscheid wie folgt:

«Die Kostentragung richtet sich nach Art. 26 Abs. 2 FMAG. Demnach sind die Kosten von den betreffenden Personen zu tragen, die mit ihrem Verhalten zum Verfahren zur Sachverhaltsfeststellung Anlass gegeben haben. Ob es sich dabei um der FMA unterstellte oder nicht unterstellte Personen handelt, ist nach Art. 26 Abs. 1 Satz 2 FMAG unerheblich. Die Aufsichtsgesetzgebung enthält keine Auslegung des Begriffs ‹Anlass geben› bzw. enthält keine Ausführungen dazu, was unter ‹Umstände, die den Ruf des Finanzplatzes Liechtenstein als gefährdet erscheinen lassen› i. S. v. Art. 26 FMAG zu verstehen ist. Dem Bericht und Antrag der Regierung 9/2004 lässt sich entnehmen, dass der Ruf des Finanzplatzes durch verschiedenartige Ereignisse als gefährdet erscheinen kann. Beispielhaft wird dort angeführt, dass ‹der Name eines Unterstellten in den Medien, im Zusammenhang mit Finanzdelikten negativ erwähnt wird›. Im Zusammenhang mit den für Art. 28 Abs. 1 Bst. c SPG und für Art. 26 FMAG vorausgesetzten Umständen, welche den Ruf des Finanzplatzes als gefährdet erscheinen lassen, bestätigt der Verwaltungsgerichtshof (VGH) in seiner Entscheidung VGH 2009/040 die Entscheidung VBI 2003/32. [...] (siehe dazu Rz. 57) ‹Eine vertiefte, sich auf bestimmte Geschäftsfälle beziehende Kontrolle gegenüber der (stichprobenmässigen) ordentlichen Kontrolle kann ein anderes Ergebnis bringen und noch nicht entdeckte Mängel aufzeigen›. Der VGH führt dazu konkretisierend aus, dass ‹nicht vom Ergebnis der Prüfung auf die vorhandenen Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer Prüfung geschlossen werden kann. Ausschlaggebend für die Anordnung einer ausserordentlichen Prüfung ist allein, ob die Voraussetzungen nach Art. 28 Abs. 1 Bst. c SPG vorliegen. Ob bei einer ausserordentlichen Kontrolle Verstösse gegen die Sorgfaltspflichten festgestellt werden, spielt bei der Beurteilung der Zulässigkeit der ausserordentlichen Prüfung keine Rolle. Massgeblich ist nur die Frage, ob (objektiv) Anhaltspunkte für Zweifel über die Wahrnehmung von Sorgfaltspflichten bestanden haben und/oder Umstände vorgelegen sind, die den Ruf des Finanzplatzes gefährdet erscheinen lassen.›»

Die FMA gelangte zum Schluss, dass vorliegend die Voraussetzungen für die Kostentragung erfüllt wurden.

⁶² Gegen die Verfügung wurde Beschwerde erhoben. Die FMA-BK gab ihr Folge, hob die Verfügung auf und trug der FMA auf, im Sinne der Erwägungen neuerlich zu entscheiden.

⁶³ Unter ausholender Analyse des Gesetzgebungsverfahrens betreffend Art. 26 Abs. 2 FMAG, unter Einbezug von Regelungen in ausländischen Rechten sowie in Berücksichtigung der Rechtsprechung des VGH und des OGH zu einschlägigen Kostenvorschriften in anderen Erlassen gelangte die FMA-BK

zum Ergebnis, dass die Auferlegung von Kosten nur dann in Betracht kommt, wenn eine betroffene Person schuldhaft ein Fehlverhalten gesetzt hat, das dazu führte, dass der Ruf des Finanzplatzes gefährdet erschien. Abschliessend die FMA-BK:

«Zusammengefasst ergibt sich Folgendes: Art 26 Abs 2 letzter Satz FMAG verpflichtet den Betroffenen eines Verfahrens zur Sachverhaltsfeststellung nach Art 26 Abs 1 FMAG dann zur Kostentragung, wenn dieser ein Verhalten gesetzt hat, das dafür kausal war, dass der Ruf des Finanzplatzes als gefährdet erschien. Einer Handlung ist auch ein entsprechendes Unterlassen (wenn der Betroffene zur Handlung verpflichtet war) gleichzusetzen. Diese blosser Kausalität genügt jedoch noch nicht. Dazu muss kommen, dass das Verhalten (oder Unterlassen) des Betroffenen nicht rechtskonform oder unter ethischen Gesichtspunkten vorwerfbar, das heisst unredlich oder unseriös, war. Dieses Verhalten muss vom Betroffenen überdies vorsätzlich oder (zumindest leicht) fahrlässig gesetzt werden.»

⁶⁴ Im Nachgang zu dieser Entscheidung der FMA-BK wurde Art. 26 FMAG insoweit abgeändert (vgl. LGBl. 2011 Nr. 44). Die revidierte Bestimmung lautet (Abs. 5): «Wird im Verfahren eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen festgestellt, so werden die Verfahrenskosten den kontrollierten Personen auferlegt. In allen anderen Fällen trägt die Kosten der Staat.»

3.3 KOSTENTRAGUNG NACH SPG

⁶⁵ In einem Fall hatte die FMA gegen einen Treuhänder und Verwaltungsrat bezüglich einer AG eine ausserordentliche Kontrolle gemäss Art. 28 Abs. 1 Bst. c SPG angeordnet und eine Revisionsgesellschaft mit der Durchführung der Kontrolle beauftragt. Im Weiteren wurde in der Verfügung festgehalten, dass die Kosten für die ausserordentliche Kontrolle vom Betroffenen zu tragen seien und die Höhe der Kosten gesondert festgesetzt werde.

⁶⁶ Mit Bezug auf die Festlegung der Kostentragungspflicht sowie die (spätere) Verfügung zur Zahlung der Kosten erhob der Betroffene mehrfach Beschwerde, auch gegen die Entscheide der FMA-BK beim VGH. Er argumentierte, Anhaltspunkte für Zweifel über die Wahrnehmung von Sorgfaltspflichten oder das Vorliegen von Umständen, die den Ruf des Finanzplatzes als gefährdet erscheinen liessen, seien nicht vorgelegen. Alsdann machte er geltend, Art. 24 Abs. 9 und Art. 25 SPG (vor der Abänderung durch LGBl. 2011 Nr. 45) würden gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 31 Abs. 1 LV verstossen und seien zufolge Verfassungswidrigkeit aufzuheben. Der StGH folgte mit Urteil vom 22. Juni 2010 dem Beschwerdeführer und hob die strittigen Bestimmungen des SPG als verfassungswidrig auf. Namentlich bemängelte der StGH die fehlende gesetzliche Grundlage für die konkret angeordnete Kostenregelung (Ziff. 2.7 und 3):

«Die Höhe der Gebühr ist demzufolge zum voraus aus dem Gesetz heraus weder hinreichend bestimmt noch bestimmbar. Das Kostendeckungsprinzip und das Äquivalenzprinzip können im vorliegenden Fall ihre Funktion, die Höhe der Abgabe vorausberechenbar zu machen, nicht ohne weitere Konkretisierung durch den Gesetzgeber erfüllen [...]. Öffentliche Abgaben in der Höhe von CHF 23 000.00 stellen offensichtlich schwerwiegende Eingriffe dar. Solche Eingriffe müssen betreffend Höhe, die ja im Regelfall für die Eingriffsintensität bestimmend ist, hinreichend bestimmt im formellen Gesetz geregelt und begrenzt sein, was nach der oben dargestellten Ordnung nicht annähernd erfüllt ist. Es ist daher festzustellen, dass der Abgabe nach Art. 25 SPG i. V. m. Art. 24 Abs. 9 SPG die hinreichende Grundlage auf der Stufe des formellen Gesetzes fehlt.

Diese Sicht wird für den vorliegenden Fall durch den Einbezug von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 Bst. c SPG bestätigt. Die Abgabe ist weder vorausberechenbar hinsichtlich der Regelung ihrer Höhe, noch ihres Anlasses. Die Umschreibung des Anlasses, der zur Kostenerhebung führt, ist in doppelter Hinsicht unbestimmt. Er verknüpft eine Ermessensermächtigung (‘Sie kann...’) mit unbestimmten Gesetzesbegriffen (‘Anhaltspunkte für Zweifel über die Wahrnehmung von Sorgfaltspflichten’).

Aus Sicht des Betroffenen, hier des Beschwerdeführers, sind weder die Kriterien, die zu[r] ausserordentlichen Kontrollen Anlass geben, noch die Kostenfolgen hinreichend vorausberechenbar bestimmt.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich für den vorliegenden Fall, dass für die Kostenerhebung eine hinreichend bestimmte Grundlage auf der Stufe des formellen Gesetzes fehlt. Art. 24 Abs. 9 SPG, auf den Art. 25 SPG verweist, stellt eine verfassungswidrige Ermächtigung zur Gebührenerhebung dar.»

⁶⁷ Im Nachgang zu diesem Entscheid des StGH wurde Art. 24 Abs. 9 SPG wie folgt abgeändert (vgl. LGBl. 2011 Nr. 45): «Die Kosten für die ordentliche Kontrolltätigkeit sowie die damit verbundenen administrativen Kosten im Sinne dieses Gesetzes tragen die kontrollierten Sorgfaltspflichtigen. Die Kosten der beauftragten Dritten haben sich dabei nach den anwendbaren branchenüblichen Tarifen zu richten und müssen in Bezug auf den Zweck der Kontrolltätigkeit verhältnismässig sein.»

INTERNATIONALE AMTSHILFE

4. INTERNATIONALE AMTSHILFE

4.1 ZUSTÄNDIGKEIT DER ERSUCHENDEN AUSLÄNDISCHEN BEHÖRDE

⁶⁸ Die FMA ist immer wieder mit Amtshilfeersuchen von Aufsichtsbehörden befasst. Die amerikanische Aufsichtsbehörde SEC stellte ein solches Ersuchen in Zusammenhang mit Ermittlungen der SEC wegen des Verdachts der Marktmanipulation. In solchen Fällen ist die Gewährung von Amtshilfe und damit die Übermittlung von Informationen und Unterlagen, die in Liechtenstein vorhanden sind, von der FMA an die SEC möglich (Art. 18 MG, Gesetz vom 24. November 2006 gegen Marktmissbrauch im Handel mit Finanzinstrumenten, Marktmissbrauchsgesetz, LGBl. 2007 Nr. 18, in der gültigen Fassung); vgl. eingehend zur Amtshilfe auch FMA-Praxis 2009 Rz. 63 ff. und 2007/08 Rz. 96 ff.

⁶⁹ In einem Fall erhob eine betroffene Partei Beschwerde gegen die Verfügung der FMA, worin diese einem Amtshilfeersuchen der SEC stattgegeben hatte, u.a. mit dem Argument, das von der FMA durchgeführte Verfahren sei deshalb mangelhaft, weil das Amtshilfeersuchen der SEC und die auch danach geführte Korrespondenz einzig in englischer Sprache vorliege. Sowohl gemäss Art. 6 LV als auch gemäss Art. 23 Europäisches Auslieferungsübereinkommen sei die deutsche Sprache die Staats- und Amtssprache Liechtensteins, weshalb alle mit einer Eingabe vorgelegten Urkunden mit einer Übersetzung in die deutsche Sprache versehen sein müssten (LES 2003, 15). Zwar habe vorliegendenfalls die FMA Teile des Amtshilfeersuchens in die deutsche Sprache übersetzt, jedoch in manchen Punkten unpräzise und unvollständig.

⁷⁰ Der VGH wies die Argumentation zurück und gab der Beschwerde keine Folge:

«Zwischenzeitlich ist es stete Rechtsprechung sowohl des Verwaltungsgerichtshofes als auch des Staatsgerichtshofes, dass fremdsprachige, insbesondere englischsprachige Amtshilfeersuchen dann nicht ins Deutsche übersetzt werden müssen, wenn die betroffene Person, also der Beschwerdeführer oder dessen Rechtsvertreter, der entsprechenden fremden Sprache mächtig ist, denn in diesem Fall ist das rechtliche Gehör nicht verletzt (VGH 2009/31 in Jus & News 2010, 27; VGH 2008/83 und dazu StGH 2008/139; VGH 2008/85 und dazu StGH 2008/140; StGH 2009/8; StGH 2009/117). Art. 6 LV gewährt dem Bürger keinen über die aus Art. 31 LV abgeleiteten Verfahrensgrundsätze (ebenso Art. 6 EMRK) und im LVG präzisierten Verfahrensrechte hinausgehenden subjektiven Anspruch auf eine deutsche Übersetzung. Art. 23 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens ist vorliegendenfalls nicht anwendbar, da es sich im gegenständlichen Verfahren nicht um ein Auslieferungsverfahren, sondern um ein Amtshilfeverfahren gemäss Marktmissbrauchsgesetz handelt.

Dass die Beschwerdeführerin (bzw. ihre Organe) und der Beschwerdevertreter der englischen Sprache nicht mächtig sind, ist weder vorgebracht noch hervorgekommen. Im Gegenteil, kann davon ausgegangen werden, dass die Organe der im Territorium der Britischen Jungferninseln (BVI), wo Englisch Amtssprache ist, inkorporierten Beschwerdeführerin die englische Sprache beherrschen. Auch der Beschwerdevertreter ist offensichtlich der englischen Sprache mächtig, ansonsten er in der Beschwerde kaum vorbringen könnte, die von der FMA vorgenommene Übersetzung sei in manchen Punkten unpräzise und unvollständig.

Da in der Beschwerde nicht vorgebracht wird, in welchen Punkten die Übersetzung der FMA unpräzise und unvollständig und damit in entscheidungsrelevanter Weise falsch ist, kann der Verwaltungsgerichtshof dies auch nicht überprüfen. Von Amtes wegen vermag der Verwaltungsgerichtshof solche Unrichtigkeiten nicht zu erkennen.»

⁷¹ In einem weiteren Fall hatte der VGH auf Beschwerde gegen eine Verfügung der FMA hin darüber zu befinden, ob und inwieweit die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) zuständig ist, ein Amtshilfeersuchen zu stellen. Die BaFin hatte ausgeführt, ihr obliege gemäss § 4 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) die laufende Überwachung des Verbots der Marktmanipulation. Aufgrund von bestimmten Auffälligkeiten habe sie Untersuchungen wegen des Verdachts einer möglichen Marktmanipulation eingeleitet. Gemäss § 4 i. V. m. § 7 WpHG ersuche die BaFin die FMA um Unterstützung dieser Untersuchung. Die [X]-Aktien seien u. a. im Open Market (Freiverkehr) der Frankfurter Wertpapierbörse im elektronischen Handelssystem XETRA einbezogen. Es bestünden Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG in Form des sogenannten Scalpings. So bestehe der Verdacht, dass eine Tätergruppe substanzlose Unternehmen an die Börse gebracht hätte und diese nachfolgend durch bezahlte Studien in verschiedenen Börsenbriefen massiv bewerben liessen, um so Kaufinteresse am Markt zu erzeugen. Nachdem es zu den geplanten Börsengängen gekommen sei und die bezahlten positiven Analysen veröffentlicht worden seien, hätten die Verdächtigen das hierdurch hervorgerufene Kaufinteresse genutzt und ihre Aktienbestände zu höheren Börsenpreisen verkauft. Gemäss dem deutschen Manipulationsverbot (§ 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG) sei es verboten, sonstige Täuschungshandlungen vorzunehmen, die geeignet seien, auf den inländischen Börsen- oder Marktpreis eines Finanzinstruments oder auf den Preis eines Finanzinstruments an einem organisierten Markt in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum einzuwirken. Dies gelte insbesondere für die Nutzung eines gelegentlichen oder regelmässigen Zugangs zu traditionellen oder elektronischen Medien durch Kundgabe einer Stellungnahme oder eines Gerüchtes zu einem Finanzinstrument oder dessen Emittenten, nachdem Positionen über dieses Finanzinstrument eingegangen worden seien, ohne dass dieser Interessenkonflikt gleich mit der Kundgabe in angemessener und wirksamer Weise offenbart werde (§ 4 Abs. 3 Nr. 2 Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung – MAKonV). Die BaFin hielt alsdann fest, im Zusammenhang mit dem Verdacht der Marktmanipulation seien auch gewisse Transaktionen einer Liechtensteiner Bank auffällig geworden. Diese Transaktionen wurden in einer Anlage zum Amtshilfeersuchen aufgeführt.

⁷² In einem zweiten, gleich lautenden Ersuchen erstreckte die BaFin ihre Auskunftsverlangen auf den Handel mit [Y]-Aktien.

⁷³ Betreffend Gewährung der Amtshilfe an die BaFin führte die FMA aus, sie sei gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. v FMAG i. V.m. Art. 16 MG zuständig für den Informationsaustausch mit den zuständigen Behörden von Mitgliedstaaten. Die Zusammenarbeit mit den zuständigen ausländischen Behörden zum Zweck der Bekämpfung von Marktmissbrauch sei in den Art. 13 ff. MG geregelt. Gemäss Art. 16 Abs. 2 MG habe die FMA vorbehaltlich Art. 14 MG den zuständigen Behörden der anderen EWR-Vertragsstaaten auf deren Ersuchen alle Informationen zu übermitteln, die zur Bekämpfung des Marktmissbrauchs notwendig seien. Das vorliegende Ersuchen stamme von der BaFin, welche in Deutschland gemäss § 4 Abs. 1 und 2 WpHG die zuständige Behörde im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. d MG sei. Die BaFin sei somit zulässige Adressatin von amtshilfeweise auszutauschenden Informationen im Sinne von Art. 16 Abs. 2 MG. Die Bekämpfung des Marktmissbrauchs bezwecke die Sicherstellung der Integrität der Finanzmärkte und des Vertrauens der Öffentlichkeit in Finanzinstrumente (vgl. Art. 1 Abs. 1 MG). Zu diesem Zweck seien die zuständigen Behörden aufgrund der jeweiligen nationalen Marktmissbrauchsbestimmungen in der Regel zumindest mit der Erfüllung diverser Aufgaben betraut, so der Überwachung des börslichen und ausserbörslichen Handels im Hinblick auf allfälligen Missbrauch von Insiderinformationen oder Marktmanipulation. Art. 16 Abs. 2 MG solle es den zuständigen Behörden ermöglichen, im Wege der grenzüberschreitenden Amtshilfe jene Informationen zu erhalten, die zur Bekämpfung des Marktmissbrauchs beziehungsweise zur Erfüllung der genannten Aufgaben notwendig seien. Im vorliegenden Fall gehe es um die Überwachung des börslichen Handels im Hinblick auf einen allfälligen Verstoß gegen das Verbot der Marktmanipulation. Der Überwachungsauftrag sei breit und bestimme den Umfang an Informationen, die der ersuchenden Behörde zu übermitteln seien. Aufgrund der Struktur von Marktmissbrauchsdelikten seien auch Informationen über die Identität und das Wissen des Verdächtigen beziehungsweise Bankkunden relevant. Die von der BaFin im vorliegenden Fall angefragten Informationen seien somit notwendig für die Bekämpfung des Marktmissbrauchs im Sinne von Art. 16 Abs. 2 MG.

⁷⁴ Gegen die zwei Verfügungen der FMA erhob die betroffene Partei Beschwerde beim VGH. Die Anfechtung richtete sich gegen die Anordnungen der FMA betreffend Offenlegung von Transaktionen in Kanada und den USA. Die Beschwerdeführerin brachte vor, die BaFin sei für die Prüfung der in Kanada und in den USA durchgeführten Wertpapiertransaktionen nicht zuständig. Die BaFin führe in ihren Amtshilfeersuchen aus, dass gemäss dem deutschen Manipulationsverbot keine Täuschungshandlungen vorgenommen werden dürften, die geeignet seien, auf den inländischen Börsen- oder Marktpreis oder auf den Preis an einem organisierten Markt in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens einzuwirken. Daraus ergebe sich – dies unter Verweisung auf die relevanten deutschen Rechtsnormen – der Kompetenzbereich der BaFin, d.h. jener Bereich, in dem die BaFin zur Kontrolle von allfälligen Manipulationen auf Finanzmärkten befugt sei. Gemäss § 20a WpHG gehe es nämlich um deutsche Börsen- oder Marktpreise und Preise an einem organisierten Markt in der EU oder im EWR. Die BaFin könne also nur dann allfällige Marktmanipulationen untersuchen,

wenn sie sich auf den Börsen- oder Marktpreis einer deutschen Börse oder eines deutschen Marktes oder auf den Preis eines Finanzinstrumentes eines Marktes eines EU- oder EWR-Mitgliedstaates auswirkten beziehungsweise auf diese einwirken könnten. Transaktionen in Kanada und den USA hätten überhaupt nichts mit dem deutschen Markt oder einer deutschen Börse oder einem Markt oder einer Börse eines EU- oder EWR-Mitgliedstaates zu tun. Diese Transaktionen hätten ausschliesslich in Kanada und den USA stattgefunden. Der Kauf und Verkauf sei auf einem kanadischen beziehungsweise amerikanischen Markt erfolgt und sei durch einen kanadischen beziehungsweise amerikanischen Broker abgewickelt worden. Es gebe bezüglich dieser Transaktionen überhaupt keinen Bezug zu einem deutschen oder europäischen Markt oder zu einem deutschen oder europäischen Finanzinstitut.

⁷⁵ Der VGH folgte dieser Argumentation nicht und gab der Beschwerde keine Folge. Er führte aus:

«Auch Transaktionen auf amerikanischen und kanadischen Märkten beeinflussen den Preis desselben Finanzinstrumentes auf deutschen Märkten. Wie der Verwaltungsgerichtshof schon in seinem Urteil vom 24. März 2009 zu VGH 2009/002 (Erw. 8.) (veröffentlicht unter www.gerichtsentscheidungen.li) ausführte, sind Wertpapiertransaktionen im einen Land für Untersuchungen von Marktmanipulationen im anderen Land nicht irrelevant. Geregelt Wertpapiermärkte stehen in der heutigen globalisierten Welt immer in einer unmittelbaren Wechselwirkung. Änderungen des Aktienkurses an einem deutschen geregelten Markt haben sehr wohl direkte Wirkungen auf die Aktienkurse an einem amerikanischen geregelten Markt und umgekehrt. Wird also der Aktienkurs in Deutschland manipuliert, hat dies auch Auswirkungen auf den Aktienkurs in Amerika und kann der Täter die Früchte seiner Tat auch in Amerika ernten.

Werden Finanzinstrumente, wie hier die [...] -Aktien, sowohl auf deutschen wie auch kanadischen und amerikanischen Märkten gehandelt, stehen die Marktpreise (Aktienkurse) auf diesen Märkten in einer gegenseitigen Wechselbeziehung, was bedeutet, dass keine grossen Kursunterschiede zwischen diesen verschiedenen Märkten bestehen können. Beständen nämlich grosse Kursunterschiede, würden Marktteilnehmer sofort auf den Markt mit den tieferen Kursen Finanzinstrumente kaufen und unmittelbar danach dieselben Finanzinstrumente auf dem Markt mit den höheren Kursen verkaufen. Dieses Ausnutzen von Kursdifferenzen führt dazu, dass sich die Preise auf verschiedenen Märkten sehr stark angleichen. Hindernisse für solche Geschäfte bestehen kaum, denn alle öffentlichen Märkte sind in der heutigen Zeit rund um die Uhr und rund um die Welt über das Internet und andere Kommunikationsmittel transparent.

In diesem Sinne sind Marktmanipulationen nicht auf einen einzelnen Markt beschränkt. Wird also ein Finanzinstrument an mehreren Märkten bzw. in mehreren Staaten gehandelt, lässt sich eine Marktmanipulation nicht auf einen einzelnen dieser Märkte beschränken. Die Manipulation kann auf einem Markt erfolgen und sich auf dem anderen Markt auswirken, sodass die Täter den Erfolg ihrer Manipulation auch auf dem anderen Markt erzielen können. Wenn also irreführende Informationen in Deutschland verbreitet werden und so der Aktienkurs in die Höhe getrieben wird, betrifft

dies nicht nur den Aktienkurs an einer deutschen Börse oder an einem sonstigen Wertpapiermarkt, sondern auch den Aktienkurs desselben Finanzinstrumentes auf amerikanischen und kanadischen Wertpapiermärkten. Damit ist es den Tätern möglich, die von ihnen gehaltenen Aktien zum manipulierten und überhöhten Aktienkurs auf dem amerikanischen oder kanadischen Markt zu verkaufen.»

4.2 ÜBERPRÜFUNG EINES AUSLÄNDISCHEN ERSUCHENS

⁷⁶ Zur Amtshilfe nach dem Marktmissbrauchsgesetz hielt der VGH in einem Fall fest:

«Die Gewährung von Amtshilfe und damit die Übermittlung von in Liechtenstein vorhandenen Informationen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden im Zusammenhang mit Untersuchungen wegen des Verdachts von Insiderhandel, wie vorliegendenfalls, richtet sich nach Art. 12 bis 18 MG (Gesetz vom 24. November 2006 gegen Marktmissbrauch im Handel mit Finanzinstrumenten, Marktmissbrauchsgesetz, LGBl. 2007 Nr. 18, in der gültigen Fassung).»

«Die Beschwerdeführerin verweist richtig auf die zwischenzeitlich stete Rechtsprechung, dass ausländische Amtshilfeersuchen gemäss Marktmissbrauchsgesetz gewissen inhaltlichen Anforderungen entsprechen müssen. Insbesondere ist der Sachverhalt darzulegen, aus welchem der Verdacht des Marktmissbrauchs (hier: des Insiderhandels) ersichtlich ist. Die Sachverhaltsdarstellung ist so detailliert vorzunehmen, dass die FMA prüfen kann, ob die ersuchende Behörde tatsächlich in einem konkreten Fall den Marktmissbrauch bekämpft und ob hierzu die angebehrten Informationen erforderlich sind. Allerdings sind an die Darstellung des Sachverhalts und die Bezeichnung der angebehrten Informationen keine allzu hohe Anforderungen zu stellen.»

«Es ist aber ein fundamentaler Grundsatz der internationalen Amtshilfe (wie auch der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen), dass die ersuchte Behörde nicht prüft, ob ein Sachverhalt tatsächlich gegeben ist oder nicht. Das internationale Amtshilfeverfahren ist lediglich ein Hilfsverfahren zur Unterstützung des ausländischen Hauptverfahrens. Nur im ausländischen Hauptverfahren wird geprüft, ob ein bestimmter Sachverhalt tatsächlich gegeben ist oder nicht.»

⁷⁷ Im Zusammenhang mit der Gewährung von Amtshilfe durch die FMA an die deutsche BaFin erhob eine betroffene Partei Beschwerde beim VGH und machte geltend, eine etwaige Straftat der Marktmanipulation sei nach deutschem Recht bereits verjährt, weshalb keine Amtshilfe an die deutsche BaFin erteilt werden dürfe. Dies ergebe sich schon aus dem Legalitätsprinzip. Untersucht würden vier Transaktionen mit Ausführungsdatum 26. Januar 2007. Gemäss Art. 13 Abs. 1 MG leiste die FMA Amtshilfe, soweit dies zur Bekämpfung des Marktmissbrauchs erforderlich sei. Amtshilfe könne verweigert werden, wenn das zu unterstützende Hauptverfahren den wesentlichen Grundsätzen und Grundrechten des ersuchten Staates widerspreche. § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG, auf welche Bestim-

mung sich die BaFin beziehe, enthalte das Verbot der Vornahme sonstiger Täuschungshandlungen, welche geeignet seien, auf den Preis eines Finanzinstruments einzuwirken. Der Verstoss gegen diese Norm werde als Ordnungswidrigkeit behandelt und unter die Bussgeldvorschriften des § 39 WpHG eingeordnet. Der Sachverhalt der bekämpften Verfügung biete keinen Anhaltspunkt dafür, dass das geschilderte Verhalten vom wirtschaftlich Berechtigten, dem Depotbevollmächtigten sowie der Beschwerdeführerin als Vertragspartner gesetzt worden sei. Auch enthalte er keinen Hinweis darauf, ob die Genannten tatsächlich in vorsätzlich schädigender Weise gewirkt hätten. An die Darstellung des Sachverhalts seien zwar keine hohen Anforderungen zu stellen, doch sei bei lückenhafter Sachverhaltsdarstellung in gewichtigen Fällen die Amtshilfe abzulehnen. Dies gelte insbesondere, wenn der Tatvorwurf im Staat der ersuchenden Behörde aufgrund eingetretener Verjährung nicht mehr verfolgt werden könne. Bei einem in einem solchen Fall an die FMA gerichteten Auskunftersuchen könnten die begehrten Informationen nicht mehr dem Verfolgungszweck entsprechend verwendet werden. Ein solches Auskunftsbegehren sei daher zweckfremd und damit missbräuchlich und gemäss Art. 14 Abs. 2 lit. a MG abzulehnen.

⁷⁸ Der VGH folgte dieser Betrachtungsweise nicht:

«Vergleichend zum Rechtsgebiet der Rechtshilfe in Strafsachen ist auf das Urteil des Staatsgerichtshofes vom 29. September 2008 zu StGH 2008/037 und StGH 2008/088 (veröffentlicht unter www.stgh.li) zu verweisen. Der Staatsgerichtshof führte im Wesentlichen aus, dass die Verjährungsfrage vom Zulässigkeitskriterium der beiderseitigen Strafbarkeit nicht erfasst werde (StGH 2005/55). Im Weiteren sei gemäss dem völkerrechtlichen Vertrauensgrundsatz davon auszugehen, dass die um Rechtshilfe ersuchende Behörde einen Sachverhalt ermittle, der nach ihrem Recht nicht verjährt sei (StGH 2006/25).»

«Die Frage der Verjährung ist nicht eine formelle, sondern eine materielle Frage des Strafrechts, vorliegendenfalls der deutschen Strafbestimmungen betreffend Marktmanipulationsverbot. Das ausländische Recht ist von der FMA und vom Verwaltungsgerichtshof nicht zu prüfen, sofern feststeht, dass das ausländische Amtshilfeersuchen der Bekämpfung des Marktmissbrauchs dient (Art. 13 Abs. 1 MG). Daran kann im gegenständlichen Fall kein Zweifel sein, legte die BaFin in ihrem Ersuchen doch dar, auf welche Art und Weise der Markt manipuliert und die manipulierten Aktienkurse ausgenutzt wurden. Hierbei handelt es sich um eine typische Form der Marktmanipulation nicht nur nach deutschem Wertpapierhandelsgesetz, sondern auch nach Art. 24 des liechtensteinischen Marktmissbrauchsgesetzes. Solche Marktmanipulationen sind durch die FMA nicht nur landesintern, sondern gerade auch in Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden anderer EWR-Mitgliedsstaaten wie der BaFin zu bekämpfen (Art. 1 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 MG). Im Rahmen dieser Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden ist ein ausländisches Ersuchen nur unter ganz eingeschränkten, taxativ aufgezählten Gründen abzulehnen, insbesondere wenn, worauf sich die Beschwerdeführerin beruft, die öffentliche Ordnung Liechtensteins beeinträchtigt würde (Art. 14 Abs. 2 MG). Von einer Ablehnung eines ausländischen Ersuchens aus Gründen der Verjährung ist dabei nicht die Rede. In diesem Sinne

kann auch hier von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers ausgegangen werden, so wie es der Staatsgerichtshof und das Schweizerische Bundesgericht in Bezug auf das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen sehen. Ein Verstoss gegen den liechtensteinischen ordre public ist schon deshalb nicht anzunehmen, weil ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass eine allfällige Verjährung im ausländischen (hier: im deutschen) Verwaltungsverfahren vor der BaFin wie auch im ausländischen Strafverfahren vor der dort zuständigen Verwaltungs- oder Strafbehörde erfolgreich – nötigenfalls im Rechtsmittelverfahren – eingewendet werden kann. Die gegenteilige Behauptung in der vorliegenden Beschwerde ist nicht weiter begründet und somit nicht überzeugend.»

⁷⁹ Gegen das Urteil des VGH erhob die Beschwerdeführerin Individualbeschwerde an den Staatsgerichtshof wegen Verletzung verfassungsmässig gewährleisteter Rechte, konkret die Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes sowie des Willkürverbots. Der StGH gab der Beschwerde keine Folge und bestätigte seine bisherige Rechtsprechung:

«Nach dieser Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes haben die liechtensteinischen Gerichte somit jedenfalls bei Rechtshilfeersuchen die Frage der Verjährung nicht zu prüfen. Entgegen der Auffassung der Regierung und der Beschwerdeführerin gibt es keinen von der Rechtsprechung für die Rechtshilfe in Strafsachen entwickelten und anerkannten bzw. anwendbaren Grundsatz, wonach die Rechtshilfe bei Verjährung in Bezug auf den Gegenstand des Ersuchens zu verweigern ist. Da es im Rechtshilfeverfahren einen solchen Grundsatz gemäss der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes somit nicht gibt, ist entgegen dem Beschwerdevorbringen nicht ersichtlich, inwiefern hier überhaupt eine Ungleichbehandlung zwischen Rechts- und Amtshilfeverfahren gegeben sein soll.»

«Insgesamt kommt der Staatsgerichtshof sohin zum Schluss, dass weder durch die entsprechenden Normen selbst (Art. 13 bis 18 MG) noch durch deren Auslegung und Anwendung durch den Verwaltungsgerichtshof gleich zu behandelnde Sachverhalte ohne einen vertretbaren Grund in willkürlicher Weise ungleich behandelt werden. Zum einen handelt es sich bei der Amtshilfe in Steuersachen und der Amtshilfe in Sache des Marktmissbrauchs nicht um Gleiches bzw. um gleich zu behandelnde Sachverhalte und zum anderen sprechen auch sachlich Gründe dafür, die Amtshilfegewährung in Steuersachen an restriktivere Voraussetzungen als bei der Amtshilfegewährung in Marktmissbrauchsachen zu knüpfen. Die ungleiche Behandlung der Amtshilfe in Steuersachen und der Amtshilfe in Angelegenheiten des Marktmissbrauchs in Bezug auf die Berücksichtigung der Verjährung durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes verletzt daher weder den Gleichheitssatz noch das Willkürverbot.»

4.3 DURCHFÜHRUNG EINER VOR-ORT-PRÜFUNG

⁸⁰ Der Österreichischen Nationalbank (OeNB) und der Österreichischen Finanzmarktaufsicht (FMAö) wurde in einem konkreten Fall durch die FMA mit Verfügung gestattet, bei einer inländischen Bank im Beisein der FMA eine Vor-Ort-Prüfung durchzuführen.

⁸¹ Bei der betroffenen Bank handelte es sich um eine 100%ige Tochtergesellschaft eines österreichischen Mutterunternehmens. Gemäss Art. 41a Abs. 1 BankG unterliegt jede Bank oder Wertpapierfirma, die eine Bank oder Wertpapierfirma als Tochter hat, der Aufsicht auf konsolidierter Basis. Eine Bank, Wertpapierfirma oder ein Unternehmen mit bankbezogenen Hilfsdienstleistungen muss in die Konsolidierung einbezogen werden (vgl. Art. 41a Abs. 3 BankG). Als Tochterunternehmen wird gemäss Richtlinie 92/30/EWG ein Tochterunternehmen im Sinne des Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 83/349/EWG betrachtet sowie jedes Unternehmen, auf das ein Mutterunternehmen nach Auffassung der zuständigen Behörden tatsächlich einen beherrschenden Einfluss ausübt. Wenn das Mutterunternehmen ein Mutterkreditinstitut in einem Mitgliedstaat ist, wird die Aufsicht auf konsolidierter Basis von der Behörde ausgeübt, welche dem Mutterkreditinstitut die Zulassung erteilt hat (vgl. Art. 125 der Richtlinie 2006/48/EG).

⁸² Die FMAö ist gemäss § 1 des österreichischen Finanzmarktaufsichtsbehördengesetzes (FMABG) in Österreich für die Bankenaufsicht zuständig. Die OeNB kann von der FMAö mit der Prüfung von Kreditinstituten, deren Zweigstellen und Repräsentanzen ausserhalb Österreichs, von Kreditinstituten, die gemäss § 5 Abs. 1 FKG österreichisches Finanzkonglomeratgesetz einer zusätzlichen Beaufsichtigung unterliegen sowie von Unternehmen der Kreditinstitutsgruppe beauftragt werden. Die FMAö und die OeNB waren daher als zuständige Behörde gemäss Art. 3a Abs. 1 Ziff. 4 BankG für die finanzmarktrechtliche Aufsicht über die Gruppe zu qualifizieren.

⁸³ Gemäss Art. 30i BankG kann die FMA, wenn sie von der zuständigen Behörde eines EWR-Vertragsstaates in aufsichtsrechtlichen Angelegenheiten um Zusammenarbeit bei einer Überprüfung vor Ort oder Ermittlung ersucht wird, im Rahmen ihrer Befugnisse (Art. 35 BankG) und unter Wahrung von Art. 30h Abs. 1 BankG tätig werden, indem sie u. a. der ersuchenden Behörde die Durchführung der Überprüfung oder Ermittlung gestattet. Dabei sind die Prüfer gemäss Art. 30i Abs. 3 BankG durch Mitarbeiter der FMA zu begleiten. Die Einräumung und Gestattung der Möglichkeit einer Vor-Ort-Prüfung durch eine ausländische Behörde entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers (vgl. Landtagsprotokoll vom 20. Juni 2007, S. 1183). Das Gesetz sieht zwei inhaltliche Schranken vor, an welchen sich die Überprüfungen vor Ort und die Ermittlungen auszurichten haben:

- Die Überprüfung vor Ort und die Ermittlungen dürfen nur soweit gehen, als auch die Befugnisse der FMA gemäss Art. 35 BankG reichen.
- Die FMA wird nur unter Wahrung von Art. 30h Abs. 1 BankG tätig.

⁸⁴ Die FMA erfüllt gemäss Art. 35 BankG ihre Aufgaben, indem sie die notwendigen Massnahmen trifft und dazu alle erforderlichen Befugnisse innehat. Die Beschränkung auf notwendige Massnahmen entspricht dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Dieser fordert, dass die Verwaltungsmassnahmen unter möglichster Schonung der Rechte und Freiheiten der Einzelnen getroffen werden. Die staatlichen Massnahmen müssen demnach geeignet und notwendig sein, um das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen. Dabei darf die Freiheitsbeschränkung nicht weiter gehen, als es das öffentliche Interesse erfordert.

⁸⁵ Die Einsichtnahme in kundenbezogene Daten stellt eine geeignete und erforderliche Massnahme dar, um die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen und insbesondere der Sorgfaltspflichten sowie die dazu bestellten Systeme zu überprüfen. Ohne diesbezügliche Einsichtnahme kann die zuständige Aufsichtsbehörde sich kein entsprechendes und ordentliches Bild über die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften durch die Bank machen. Es ist eine *conditio sine qua non* einer solchen Prüfung, einzelne Stichproben kundenbezogen zu untersuchen, um den konkreten Umgang der Bank mit den Vorschriften, seien es externe Regeln und Bestimmungen oder interne Weisungen, feststellen zu können. Im vorliegenden Fall wurde die Anzahl der Stichproben auf 25 beschränkt, wobei bei zusätzlichen Verdachtsmomenten eine entsprechende Ausweitung der Stichprobe auf solche Kundendaten möglich sein sollte, welche mit den konkreten Verdachtsmomenten in Verbindung stehen.

⁸⁶ Alsdann waren im konkreten Fall mögliche Einschränkungen nach Art. 30h Abs. 1 BankG zu prüfen. Im Lichte dieser Bestimmung sind Überprüfungen vor Ort und Ermittlungen durch eine zuständige Behörde eines EWR-Staates zulässig, wenn:

- dadurch die Souveränität, Sicherheit, öffentliche Ordnung oder andere wesentliche Landesinteressen Liechtensteins nicht verletzt werden (Bst. a);
- die Empfänger der Informationen beziehungsweise die beschäftigten und beauftragten Personen der zuständigen Behörde einer Art. 31a BankG gleichwertigen Geheimnispflicht unterstehen (Bst. b);
- gewährleistet ist, dass die mitgeteilten Informationen nur für finanzmarktaufsichtsrechtliche Belange verwendet werden (Spezialitätsprinzip; Bst. c);
- bei Informationen, die aus dem Ausland stammen, eine ausdrückliche Zustimmung jener Behörde vorliegt, die diese Informationen mitgeteilt hat, und gewährleistet ist, dass diese gegebenenfalls nur für jene Zwecke weitergegeben werden, denen diese Behörden zugestimmt haben (Bst. d).

Soweit relevant, konnten im vorliegenden Fall diese Voraussetzungen als erfüllt betrachtet werden.

STICHWORTVERZEICHNIS

Die Zahlen verweisen auf die Randziffern des Textes.

Amtshilfe, internationale	63 ff.	Sachverhaltsfeststellung,	52 ff.
– Amtshilfeersuchen	63 ff., 71 ff.	Anordnung einer	
– BaFin	66 ff.	– Abgrenzung zum Strafverfahren	59
– SEC	63 ff.	– Kosten	55 ff.
– Überprüfung ausländischer Ersuchen	71 ff.		
– Vor-Ort-Prüfung	74 ff.	Sonderbeauftragter	29 ff.
Amtssprache		Sonderprüfung	31 ff.
→ vgl. Sprache			
		Sorgfaltspflichten, Sorgfaltspflichtgesetz	46 ff.
Bankenaufsicht	1, 74 ff.	– ausserordentliche Sorgfaltspflichtkontrolle	57 ff.
		– Geltungsbereich	47 f.
Beschwerdebefugnis der FMA	16 ff.	– Kostentragung nach SPG	61 ff.
		– ordentliche Sorgfaltspflichtkontrolle	58
Datenträger		Sprache	65
→ vgl. Internet-Websites			
		Unterbilanz	29 ff., 35
Finanzintermediäre, andere	46 ff.		
		Verfassungswidrigkeit	62
Gebühren	16 ff., 44 ff., 55 ff.	(einer SPG-Bestimmung)	
Internet-Websites	42 ff.	Vermögensverwaltung	
		– Gebühren	16 ff.
Investmentunternehmen		– Gegenstand	12
– Akteneinsicht	2 ff.	– Geschäftszweck	9 ff., 16 ff.
		– Herstellung des rechtmässigen Zustandes	13 ff.
Kosten			
→ vgl. Gebühren		Versicherungen	
		– Berufsunfähigkeitsversicherung,	20 ff.
Marktmanipulation	66 ff., 71 ff.	selbständige	
		– Lebensversicherung	20 ff.
«ne bis in idem»	15	– Schadenversicherung	27
		– Spartenrennung	21 ff.
Partei, Parteistellung	4 ff., 16 ff.	– Versicherungsvermittlung	
		→ vgl. Versicherungsvermittlung	
Rechtliches Gehör	6 ff.	– Zusatzversicherungen	23 ff.

Versicherungsvermittlung	
– Aufsichtsabgaben	44 ff.
– Beratungspflichten	36 ff.
– Bewilligungsvoraussetzungen	37 ff.
– Informationspflichten	36 ff.
– Internet-Websites	42 ff.
Vor-Ort-Kontrolle	36 ff., 74 ff.
Vorsorgliche Massnahmen	29 ff., 32 ff., 52 ff.
Wertpapiere	2 ff., 66 ff.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angegebenen Ort	i.V.m.	in Verbindung mit
Abs.	Absatz	LES	Liechtensteinische Entscheidungssammlung
AG	Aktiengesellschaft		
Art.	Artikel	LGBl.	Liechtensteinisches Landesgesetzblatt
AZ	Aktenzeichen	lit.	litera (Buchstabe)
BaFin	Deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht	LV	Landesverfassung
BankG	Gesetz über die Banken und Finanzgesellschaften	LVG	Gesetz über die allgemeine Landesverwaltungspflege
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts	MG	Marktmissbrauchsgesetz
BGer	Schweizerisches Bundesgericht	Nr.	Nummer
Bst.	Buchstabe	OGH	Fürstlicher Oberster Gerichtshof
bzw.	beziehungsweise	PGR	Personen- und Gesellschaftsrecht
ca.	circa	SEC	U.S. Securities and Exchange Commission
CHF	Schweizer Franken	Rz.	Randziffer
d.h.	das heisst	S.	Seite
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation	SPG	Sorgfaltspflichtgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft	SPV	Verordnung zum Sorgfaltspflichtgesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention	StGH	Staatsgerichtshof
E.	Erwägung	TrHG	Gesetz über die Treuhänder
Erw.	Erwägungsgrund	u.a.	unter anderem(n)
etc.	et cetera	VBI	Verwaltungsbeschwerdeinstanz
EU	Europäische Union	VersAG	Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum	VersAV	Versicherungsaufsichtsverordnung
f.	folgende	VersVermG	Versicherungsvermittlungsgesetz
ff.	fortfolgende	VGH	Verwaltungsgerichtshof
FIU	Financial Intelligence Unit	vgl.	vergleiche
FMA	Finanzmarktaufsicht Liechtenstein	VVG	Gesetz über die Vermögensverwaltung
FMAG	Gesetz über die Finanzmarktaufsicht	WpHG	Wertpapierhandelsgesetz (Deutschland)
FMA-BK	Beschwerdekommision der Finanzmarktaufsicht		
FMA-GebV	FMA-Gebührenverordnung	z.B.	zum Beispiel
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	Ziff.	Ziffer
i.S.	in Sachen		
IUG	Gesetz über Investmentunternehmen		

Herausgeber und Redaktion

Finanzmarktaufsicht Liechtenstein
Landstrasse 109
Postfach 279
9490 Vaduz
Liechtenstein

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

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

Die FMA-Praxis 2010 ist in deutscher
Sprache auf der FMA-Webseite erhältlich.
Es erscheint keine gedruckte Version.