



FMA

Finanzmarktaufsicht
Liechtenstein



FMA-Praxis 2011

Informationen der FMA zu ihrer Aufsichtstätigkeit
mit Entscheidungen und Beschlüssen

VORWORT

Vaduz, November 2012

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 Verwaltungserichtshofes (VGH) und des Staatsgerichtshofes (StGH) in Zusammenhang mit der Finanzmarktaufsicht.

Die vorliegende Ausgabe der «FMA-Praxis» beinhaltet Verfügungen, Beschlüsse und Urteile, die im Jahr 2011 ergangen sind.

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

Dr. Urs Philipp Roth-Cuony
Präsident des Aufsichtsrates

Mario Gassner
Vorsitzender der Geschäftsleitung

1.	BANKEN	7
1.1	Verletzung von Sorgfaltspflichten	7
1.2	Verfahren zur Feststellung des Sachverhaltes	10
2.	VERSICHERUNGEN	13
2.1	Beendigung eines Aufsichtsverfahrens	13
2.2	Versicherungsvermittlung	13
2.3	Betriebliche Personalvorsorge	15
3.	ANDERE FINANZINTERMEDIÄRE	21
3.1	Verletzung von Sorgfaltspflichten	21
3.2	Treuhändertätigkeit	25
4.	INTERNATIONALE AMTSHILFE	29
4.1	Bedeutung und Rechtsgrundlage	29
4.2	Umfang der zu gewährenden Amtshilfe	29
4.3	Form und Beschaffung der für die Amtshilfe einzuholenden Informationen	35
	ANHANG	41
	Stichwortverzeichnis	41
	Abkürzungsverzeichnis	42

BANKEN

1. BANKEN

1.1 VERLETZUNG VON SORGFALTPFLICHTEN

¹ In einem Fall sah sich die FMA veranlasst, bei einer liechtensteinischen Bank diverse internationale Geschäftsbeziehungen und Kontobewegungen zu untersuchen. Das umfangreiche Prüfverfahren wurde mit einer Feststellungsverfügung abgeschlossen, in welcher festgehalten wird, dass die betroffene Bank wiederholt Sorgfaltspflichten sowie die Pflicht zur Tätigkeit von einfachen und besonderen Abklärungen verletzt hatte.

² In zeitlicher Hinsicht waren das alte SPG und die alte SPV anzuwenden (Gesetz vom 26. November 2004 über die beruflichen Sorgfaltspflichten bei Finanzgeschäften, LGBL 2005/005 [aSPG] sowie die Verordnung vom 11. Januar 2005 zum Sorgfaltspflichtgesetz, LGBL 2005/006 [aSPV]).

³ Hintergrund der Untersuchungen bildeten diverse Bankkonten, deren Inhaber sowie Kontogutschriften und daran anschliessende Transaktionen. Aufgrund von Medienberichten hatte die Bank (zu einem eher späten Zeitpunkt) diesbezüglich Abklärungen getätigt und eine Verdachtsmitteilung gemäss Art. 17 SPG an die Stabsstelle FIU erstattet. In früheren «vertieften Abklärungen» waren die Transaktionen von der Bank jeweils als «plausibel» qualifiziert worden.

⁴ In einer ersten Würdigung des zu beurteilenden Sachverhaltes erkannte die FMA auf Verletzung der Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss Art. 7a SPG i.V.m. Art. 11a SPV. Nach der einschlägigen Gesetzgebung muss der Sorgfaltspflichtige bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung die wirtschaftlich berechnete Person feststellen. Dabei darf von der Vermutung ausgegangen werden, dass der Vertragspartner mit der wirtschaftlich berechtigten Person identisch ist. Bestehen Zweifel an der Richtigkeit der Vermutung, muss der Sorgfaltspflichtige vom Vertragspartner eine schriftliche Erklärung darüber verlangen, wer die wirtschaftlich berechnete Person ist. Vorliegend wurde die Abklärungspflicht verletzt, zumal die Bank wusste, dass die benannte Person nicht die wirtschaftlich berechnete Person war. Dazu führte die FMA aus:

«Der BuA 2004/64 erläutert hierzu eindeutig, dass eine schriftliche Erklärung nämlich erst recht dann einzuholen sei, wenn nicht nur Zweifel an der Richtigkeit der Vermutung besteht, sondern wenn Gewissheit besteht, dass der tatsächliche Sachverhalt der Vermutung nicht entspricht. Ausserdem wurden bei sämtlichen relevanten Transaktionen über die X die Schwellenwerte gemäss Art. 7 Abs. 2 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 aSPG überschritten. Es hätte daher nicht nur aufgrund von Art. 7 Abs. 1 aSPG, sondern auch aufgrund von Art. 7 Abs. 2 Bst. a aSPG eine Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person(en) erfolgen müssen. Eine vollständige Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Personen an dem betreffenden Konto hätte der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Personen an den

jeweiligen Transaktionen bedurft. Diese Feststellung des sogenannten ‹Transaktions-WB› ist insbesondere bei Service-/Treuhandkonten unerlässlich. Ansonsten besteht die Gefahr, dass solche Konten zur Verschleierung von Herkunft und Bestimmungsort von Geldüberweisungen missbraucht werden.»

⁵ Die Bank hatte gegenüber der FMA geltend gemacht, ihr sei aufgrund der vorliegenden Dokumentation für jede Transaktion bekannt gewesen, in wessen Interesse diese erfolgt seien und dass die Bank über alle Informationen verfügt habe, die für die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung an der jeweiligen Transaktion erforderlich gewesen seien. Dieses Vorbringen liess die FMA nicht gelten. Vielmehr sei (behauptetes) Wissen über die wirtschaftliche Berechtigung «in einer, für einen fachkundigen Dritten nachvollziehbarer Weise, zu dokumentieren».

⁶ Im Weiteren rügte die FMA die Verletzung der Pflicht zur Tätigkeit von einfachen und besonderen Abklärungen gemäss Art. 15 aSPG i.V.m. Art. 22 aSPV. Nach Art. 15 Abs. 1 aSPG müssen die Sorgfaltspflichtigen mit angemessenem Aufwand einfache Abklärungen tätigen, wenn im Rahmen von auf Dauer angelegten Geschäftsbeziehungen Sachverhalte oder Transaktionen auftreten, welche vom Profil abweichen oder die vom Sorgfaltspflichtigen ermittelten Risikokriterien erfüllen. Die FMA-Richtlinie 2005/1 zum aSPG besagt hierzu, dass Erklärungen des Kunden über die Hintergründe von Transaktionen auf ihre Plausibilität hin zu prüfen seien. Dabei sei wesentlich, dass nicht jede Erklärung des Kunden unbesehen akzeptiert werden dürfe. Nach Ansicht der FMA waren die von der Bank getätigten Abklärungen nicht ausreichend, um den Hintergrund der Transaktionen nachvollziehbar und verständlich zu machen. Die FMA hielt betreffend Abklärungen zu Transaktionen, welchen zwei allgemeine Rahmenverträge zugrunde lagen, fest:

«Den Transaktionen lagen eine undatierte Vereinbarung zwischen [...] sowie zwei undatierte Kooperationsvereinbarungen zwischen [...] zugrunde. Als Herkunft wurden internationale Bauaufträge und Immobilientransaktionen genannt. Es fehlen jedoch jegliche Verträge oder Unterlagen, die eine Schuldpflicht begründet hätten, wie Maklerverträge oder Kaufverträge. Obwohl die Erbringung von Dienstleistungen den gegenständlichen Transaktionen zugrunde gelegen haben sollen, wurden keine konkreten Angaben zu den Details dieser Dienstleistungen eingefordert und dokumentiert. Es wird lediglich auf die vertraglichen Grundlagen der Überweisung [...] verwiesen.

[...]

Eine vollständige Abklärung bis an den Anfang der Kette, als bis hin zu den Projekten, aus welchen die Beträge geschuldet wurden, fand jedenfalls nicht statt. Diese Art der standardisierten und ohne Rückfragen erfolgten Abklärungen bei vorliegenden nicht belegten Finanzgeschäften kann dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung nicht gerecht werden. Schliesslich sollen die Sorgfaltspflichtigen den Hintergrund von Sachverhalten oder Transaktionen nachvollziehbar und verständlich aufarbeiten. Diese Abklärungspflichten stellen einen zentralen Bestandteil der Sorgfaltspflichtgesetzgebung dar. Soll doch mittels der Abklärungen das Verschleiern der Herkunft von Geldern verhindert werden.

Es kann jedenfalls nicht genügen, sich bei diesen Abklärungen auf die Rechtsgrundlagen von Transaktionen zwischen Gesellschaften in der Mitte einer ›Transaktionskette› zu beschränken, ohne dabei die effektiven Grundlagen der Herkunft der Vermögenswerte, d. h. den Ursprung der Transaktionen aufzuklären. Schliesslich ist bei der Verhinderung der Verschleierung der Herkunft von Vermögenswerten die effektive Herkunft von Interesse, genauso wie bei der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person(en) der letztlich wirtschaftlich Berechtigte erheblich ist.»

⁷ Sodann warf die FMA der Bank vor, notwendige besondere Abklärungen nicht getätigt zu haben. Nach Art. 15 Abs. 2 aSPG müssen besondere Abklärungen vorgenommen werden, wenn im Rahmen von auf Dauer angelegten Geschäftsbeziehungen Sachverhalte oder Transaktionen auftreten, die Verdachtsmomente begründen, dass Vermögenswerte im Zusammenhang mit Straftaten im Sinne des Art. 16 aSPG stehen. Nach Art. 22 Abs. 2 aSPV sind besondere Abklärungen die Beschaffung, Auswertung und Dokumentation all jener Informationen, die geeignet sind, allfällige Verdachtsmomente zu Straftaten nach Art. 16 Abs. 1 aSPG auszuräumen oder zu erhärten. Die FMA-Richtlinie 2005/1 zum aSPG führt im Anhang Anhaltspunkte für Geldwäscherei auf, welche als Anlass zu Hintergrundabklärungen im Sinne von Art. 15 aSPG dienen sollen. Dabei begründen die einzelnen Anhaltspunkte für sich allein noch keinen ausreichenden Verdacht für die Auslösung der Mitteilungspflicht, wohl aber einen Anlass zu Hintergrundabklärungen im Sinne von Art. 15 aSPG. Die Liste der Anhaltspunkte ist nicht abschliessend zu verstehen.

⁸ Schliesslich wurde eine Verletzung der Pflicht zur Dokumentation der Einhaltung der Sorgfaltspflichten gemäss Art. 20 Abs. 1 aSPG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 Bst. d sowie Art. 25 Abs. 2 Bst. a und b aSPV festgestellt. Die Bank hatte es unterlassen, bei einzelnen Transaktionen die vorgeschriebenen Sorgfaltspflichtakten zu führen. Nach Art. 25 Abs. 1 aSPV enthalten die Sorgfaltspflichtakten insbesondere die zur Einhaltung der Bestimmungen des Gesetzes und dieser Verordnung erstellten und beigezogenen Unterlagen und Belege. Sie müssen insbesondere enthalten:

- a) die Dokumente und Unterlagen, die ursprünglich und allenfalls bei Wiederholung zur Identifizierung des Vertragspartners und der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person gedient haben;
- b) das Profil der Geschäftsbeziehung nach Art. 14 des Gesetzes;
- c) die Dokumentation über allfällige Abklärungen nach Art. 15 des Gesetzes sowie alle in diesem Zusammenhang beigezogenen Dokumente, Unterlagen und Belege. Art. 24 Abs. 2 und 3 bleibt vorbehalten;
- d) Unterlagen, aus welchen sich Transaktionen und gegebenenfalls Vermögensstand ergeben; und
- e) allfällige Mitteilungen an die Stabsstelle FIU nach Art. 16 Abs. 1 des Gesetzes.

Die Sorgfaltspflichtakten müssen gemäss Art. 25 Abs. 2 aSPV so erstellt und aufbewahrt werden, dass die gebotenen Sorgfaltspflichten jederzeit erfüllt werden können und sie fachkundigen Dritten ein zuverlässiges Urteil über die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen ermöglichen.

⁹ Bezüglich des in diesem Zusammenhang besonders zu beachtenden Risikomanagements betonte die FMA, dass ein solches nicht nur Prozesse und Systeme zur Erfassung und Bewältigung von SPG-Geschäftsrisiken, sondern auch adäquate Kontrollinstanzen und -prozesse beinhalte. «Bei einer sorgfältigen Wahrnehmung der Kontroll- sowie Überwachungspflichten im Rahmen eines ordentlichen Risikomanagements sollten Verfehlungen, gerade wie vorliegend bei lang andauernden und risikoreichen Geschäftsbeziehungen, auffallen und dann mit den entsprechenden Schritten begegnet werden.»

1.2 VERFAHREN ZUR FESTSTELLUNG DES SACHVERHALTES

¹⁰ Die FMA, die in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsbehörde für die Stabilität des Finanzmarktes Liechtenstein zu sorgen hat, beobachtet Entwicklungen aufmerksam, die zeigen, dass der Druck auf die Herausgabe von Bankkundendaten potentieller Steuersünder durch wirtschaftlich starke Länder, insbesondere die USA, steigt. Die FMA evaluiert die Auswirkung solcher Entwicklungen auf den Ruf des Finanzmarktes Liechtenstein.

¹¹ Gemäss Art. 26 Abs. 1 FMAG kann die FMA ein Verfahren zur Feststellung des Sachverhalts einleiten, sofern der begründete Verdacht besteht, dass Bestimmungen eines Erlasses nach Art. 5 Abs. 1 FMAG verletzt wurden, oder Umstände vorliegen, die den Ruf des Finanzplatzes Liechtenstein als gefährdet erscheinen lassen. In diesem Zusammenhang verfügte die FMA gegenüber einer liechtensteinischen Bank gestützt auf diese Bestimmung des FMAG i.V.m. Art. 35 Abs. 2 Bst. a BankG und Art. 28 Abs. 4 SPG, dass die nachstehenden Fragen unter Einbeziehung aller Gruppengesellschaften zu beantworten beziehungsweise Unterlagen zu übermitteln seien:

- «1. Besteht ein spezielles Risikomanagement in Bezug auf US-Kunden
2. Wenn ja, welche Strategie besteht im Umgang mit US-Kunden
3. Bestehen Restriktionen bei der Aufnahme von neuen Geschäftsbeziehungen mit US-Kunden
4. Gibt es Restriktionen für bestehende Geschäftsbeziehungen mit US-Kunden
5. Welche speziellen Weisungen gibt es bezüglich US-Kunden
6. Bestehen Geschäftsbeziehungen mit sogenannten Non Flow Through Entities mit US-Kunden als wirtschaftlich Berechtigte gemäss Art. 7 SPG bzw. sind solche Geschäftsbeziehungen seit dem 30.06.2008 unterhalten worden
7. Wenn ja, besehen bei solchen Geschäftsbeziehungen in allen Fällen Nachweise im Sinne der W-9-US-Steuerformulare
8. Sind nach dem 30.06.2008 neue Geschäftsbeziehungen mit solchen Strukturen ohne W-9-Nachweis akzeptiert worden

9. *Wie hoch ist die Anzahl der Geschäftsbeziehungen und das Gesamtvolumen (Assets under Management) mit US-Kunden pro Gruppengesellschaft – per 31.08.2011 und per 30.06.2008*
10. *Wie hoch ist die Anzahl der Geschäftsbeziehungen und das Gesamtvolumen (Assets under Management) mit Non Flow Through Entities mit US-Kunden als wirtschaftlich Berechtigten gemäss Art. 7 SPG pro Gruppengesellschaft per 31.08.2011 und per 30.06.2008»*

¹²Die Verfügung der FMA erging als prozessleitende; sie war daher nicht anfechtbar. Für das Verfahren betreffend Feststellung des Sachverhaltes und Herausgabe von Informationen gestützt auf Art. 26 FMAG i.V.m. 35 BankG i.V.m. Art. 28 Abs. 4 SPG gelten gemäss Art. 36 FMAG subsidiär die Regelungen des Ermittlungsverfahrens gemäss Art. 54 ff. LVG. Die Feststellung des Sachverhaltes stellt in der Regel einen Teil eines Verwaltungsverfahrens dar. Ergeht eine Verfügung zur Feststellung eines Sachverhaltes, handelt es sich nicht um ein Aufsichtsinstrument sui generis, sondern um eine Zwischenverfügung analog zur prozessleitenden Verfügung. Das Verfahren zur Feststellung des Sachverhaltes ist eine Präzisierung bereits bestehender Befugnisse, die nach dem Erlass einer Endverfügung einer Überprüfung mit dem Rechtsmittel der Beschwerde unterliegt (Bericht und Antrag 2004/9, ad Art. 26 FMAG). Ebenso ist auch der Entscheid über die Kostenschätzung gemäss Art. 26 Abs. 3 FMAG – wie auch der Entscheid über die Anordnung der Untersuchung – prozessleitender Natur und entsprechend nicht anfechtbar.

2. VERSICHERUNGEN

2.1 BEENDIGUNG EINES AUFSICHTSVERFAHRENS

¹³ In der FMA-Praxis 2010 wurde über einen Fall berichtet, in welchem gegen ein liechtensteinisches Lebensversicherungsunternehmen diverse vorsorgliche Massnahmen ergriffen worden waren (vgl. FMA-Praxis 2010 Rz. 29 ff.).

¹⁴ Aufgrund der durchgeführten, von der FMA verlangten Kapitalerhöhungen und der Umsetzung weiterer Massnahmen konnten die im Versicherungsunternehmen festgestellten Missstände bereinigt werden. Zudem wurde der Nachweis erbracht, dass die gesetzlichen Solvabilitätsbestimmungen durch das Unternehmen wieder eingehalten werden. Gestützt darauf konnte die FMA das eingeleitete Aufsichtsverfahren mit Verfügung beenden. Kleinere noch bestehende Mängel beim internen Kontrollsystem sollten daran nichts ändern, wurde deren Behebung (und die Überwachung derselben durch die FMA) doch dem ordentlichen Aufsichtsprozess überantwortet.

¹⁵ Gleichzeitig mit dem Abschluss des Aufsichtsverfahrens verfügte die FMA die Erhebung der fälligen Kosten und Gebühren. Diese umfassten Kosten für den entstandenen Untersuchungsaufwand (CHF 12 000.–) sowie je eine Gebühr für die Verfügung betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen (CHF 4 000.–) und die abschliessende Verfügung hinsichtlich Sachverhaltsfeststellung und Gebühreneinhebung (CHF 2 000.–).

2.2 VERSICHERUNGSVERMITTLUNG

¹⁶ Durch Anordnung einer vorsorglichen Massnahme gestützt auf Art. 18 Abs. 1 und 3 VersVermG wurde einem beaufsichtigten Versicherungsvermittler aufgegeben, die Vermittlung von neuen Lebensversicherungsverträgen bis zum Abschluss der gegen den Vermittler hängigen Strafverfahren einzustellen. Diese waren wegen des Verdachts des schweren gewerbsmässigen Betrugs – gegenüber einer Versicherungsgesellschaft, im Zusammenhang mit dem Abschluss von Versicherungsverträgen und der Auszahlung von Provisionen – sowie wegen des Verdachts der Geldwäscherei eingeleitet worden. Sollte der Verfügungsadressat der angeordneten Verpflichtung nicht nachkommen, drohte die FMA an, gestützt auf Art. 26 Abs. 2 Bst. d VersVermG eine Busse bis zu CHF 50 000.– auszusprechen.

¹⁷ Zur Begründung der vorsorglichen Massnahme führte die FMA aus:

«Eine der Bewilligungsvoraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b VersVermG i. V. m. Art. 4 VersVermV ist der einwandfreie Leumund des Bewilligungsinhabers. Dieser wird dann vermutet, wenn keine strafbaren Handlungen gegen fremdes Vermögen vorliegen oder noch nie ein Konkurs eröffnet wurde bzw. aus einem mehr als zehn Jahre zurückliegenden Konkurs keine offenen Gläubigerrechte mehr bestehen.

X steht im Verdacht, das Verbrechen des schweren gewerbmässigen Betrugs gemäss §§ 146 ff öStGB begangen zu haben sowie unter dem Verdacht der Geldwäscherei. Der Grundverdacht besteht darin, dass X und andere Personen ein Betrugssystem etabliert haben sollen, um damit von der in Österreich ansässigen Versicherungsgesellschaft Y AG Maklerprovisionen in Millionen-Euro-Höhe herauszulocken. Der vorgeworfene Straftatbestand steht somit in unmittelbarem Konnex zur eigentlichen beruflichen Tätigkeit von X. Das Verfahren wegen Geldwäscherei steht in direktem Zusammenhang mit dem Betrugsverfahren. Sämtliche Verfahren gegen X sind noch nicht abgeschlossen und es ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht absehbar, wann die entsprechenden Urteile gefällt werden.

Für X gilt, wie für jeden Beschuldigten, bis zum Ausgang des Strafverfahrens grundsätzlich die Unschuldsvermutung. Unter normalen Umständen würde die FMA vor der Ergreifung allfälliger Massnahmen den Ausgang der Strafverfahren abwarten. Im vorliegenden Fall wiegen die Verdachtsmomente – ohne dem laufenden Strafverfahren vorgreifen zu wollen – gegen X jedoch so schwer, dass aufsichtsrechtlich schon während des Verfahrens vorübergehende Massnahmen unabdingbar sind, um die Versicherteninteressen zu schützen. Dies auch insbesondere vor dem Hindergrund, dass der vorgeworfene Straftatbestand des Betruges in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit von X steht. Die Vermittlung von neuen Lebensversicherungen, vor Abschluss der gegen X laufenden Strafverfahren, würde die Interessen potentieller künftiger Versicherungsnehmer ernsthaft gefährden. Dies auch deshalb, weil eine Wiederholungsgefahr nicht ausgeschlossen werden kann. Für die FMA wäre es somit aufsichtsrechtlich nicht vertretbar, den Ausgang der Strafverfahren gegen X abzuwarten, ohne die Versicherteninteressen zu schützen. Sobald die Strafverfahren gegen X abgeschlossen sind, wird die FMA entscheiden, ob die vorübergehende Massnahme aufgehoben wird und zudem prüfen, ob gegebenenfalls weitere Massnahmen bzw. ein vollumfänglicher Bewilligungsentzug auszusprechen sind.

Die Gefährdung von Versicherteninteressen bzw. die mögliche Schädigung von Versicherten kann zudem negative Auswirkungen in das Vertrauen des liechtensteinischen Finanzwesens zeitigen. Daher ist aufsichtsrechtlich insbesondere sicherzustellen, dass keine Versicherten durch den Abschluss eines von X vermittelten Versicherungsvertrages in ihren Interessen gefährdet werden.»

¹⁸ Kurze Zeit nach Erlass der vorsorglichen Massnahme hatte die FMA gegenüber X die Bewilligung zur Vermittlungstätigkeit zu entziehen (gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 VersVermG). Grund dafür war das Erlöschen des Versicherungsschutzes für eine etwaige Berufshaftpflicht von X. Da X keine neue Berufshaftpflichtversicherung (oder eine gleichwertige Sicherheit) nachweisen konnte, war die zentrale Bewilligungsvoraussetzung von Art. 5 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 VersVermG nicht mehr gegeben.

2.3 BETRIEBLICHE PERSONALVORSORGE

¹⁹ Gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. q FMAG obliegen der FMA die Aufsicht und der Vollzug des Gesetzes über die betriebliche Personalvorsorge. Die FMA ist immer wieder mit Anträgen auf Barauszahlung des Altersguthabens versicherter Personen befasst. Die Freizügigkeitsleistung kann gemäss Art. 12 Abs. 4 BPVG auf Verlangen bar ausbezahlt werden, wenn der Antragsteller eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnimmt und nicht nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates des Europäischen Wirtschaftsraumes für die Risiken Alter, Tod und Invalidität weiterhin obligatorisch in der Rentenversicherung versichert ist. Gemäss Art. 12 Abs. 1 BPVG ist die Freizügigkeitsleistung auch bei Ausscheiden aus der Versicherung weiterhin für die Vorsorge zu verwenden, weshalb Art. 12 BPVG restriktiv auszulegen ist. Da die Vorsorgegelder zweckgebunden sind, hat die Freizügigkeitsleistung der Finanzierung der Selbständigkeit zu dienen. Es ist darauf zu achten, dass das grundsätzlich geltende Barauszahlungsverbot nicht umgangen wird.

²⁰ In einem Fall verlangte der Antragsteller Auszahlung der Freizügigkeitsleistung und führte aus, neben der Bezahlung laufender Rechnungen im Zusammenhang mit seinem Inkassobüro solle ein grosser Teil der Freizügigkeitsleistung in Hypotheken fliessen. Der Rest sei für Renovationsarbeiten an seiner Liegenschaft zu verwenden. Da die Tilgung von Hypothekarschulden in keinem genügenden Zusammenhang mit der Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit steht, konnten die Vorsorgegelder nicht zweckgebunden beziehungsweise nicht wie gesetzlich vorgesehen weiterhin für die Vorsorge verwendet werden. Die Voraussetzungen zur Freigabe des Pensionskassen-Sperrkontos waren daher vorliegend nicht erfüllt und die FMA konnte dem Antrag nicht stattgeben.

²¹ In einem weiteren Fall hatten sich sowohl FMA als auch Beschwerdekommision mehrmals mit Anträgen eines Versicherten auf Freigabe der Freizügigkeitsleistung zu befassen. Der Antragsteller machte wiederholt (und wenig systematisch) geltend, der eine oder andere Grund für die Möglichkeit einer Auszahlung sei bei ihm gegeben. Die Beschwerdekommision sah sich daher veranlasst, die gesetzlich vorgesehenen Auszahlungsgründe zusammenfassend festzuhalten – nämlich

- «– wenn die Freizügigkeitsleistung weniger als einen Jahresbeitrag des Versicherten beträgt (Art 12 Abs 3 BPVG);
- wenn der Arbeitnehmer eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnimmt und nicht nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates des Europäischen Wirtschaftsraumes für die Risiken Alter, Tod und Invalidität weiterhin obligatorisch in der Rentenversicherung versichert ist (Art 12 Abs 4 lit a und b BPVG);
 - wenn der Arbeitnehmer den Wirtschaftsraum Liechtenstein/Schweiz endgültig verlässt und nicht nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates des Europäischen Wirtschaftsraumes für die Risiken Alter, Tod und Invalidität weiterhin obligatorisch in der Rentenversicherung versichert ist (Art 12 Abs 4 lit a und b BPVG).»

²² Keiner der genannten Gründe konnte für den Antragsteller und Beschwerdeführer bejaht werden. Im Besonderen hatte sich die Beschwerdekommision mit dessen Vorbringen zu befassen, wonach er den Wirtschaftsraum Liechtenstein/Schweiz endgültig verlassen habe. Sie führte aus:

«Doch ist hier kumulativ als Tatbestandsmerkmal erforderlich, dass der Beschwerdeführer nicht nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates des Europäischen Wirtschaftsraums für Risiken Alter, Tod und Invalidität weiterhin obligatorisch in der Rentenversicherung versichert ist. Mit anderen Worten: Das endgültige Verlassen des Wirtschaftsraumes Liechtenstein/Schweiz genügt noch nicht. Es ist zudem erforderlich, dass der Beschwerdeführer (hier: in Österreich) nicht nach österreichischen Rechtsvorschriften für die Risiken Alter, Tod und Invalidität obligatorisch in der Rentenversicherung versichert ist. Dies ist der Beschwerdeführer jedoch, und zwar unabhängig davon, ob er zum Zeitpunkt, als die angefochtene Verfügung ergangen ist, Arbeitsgeld seitens des Arbeitsmarktservice bezogen oder einer unselbständigen Tätigkeit bei der Firma X GmbH nachgegangen ist. In beiden Fällen ist er nach den österreichischen Rechtsvorschriften im Sinne der zitierten Gesetzesstelle obligatorisch in der Rentenversicherung für die Risiken Alter, Tod und Invalidität (nach österreichischer Diktion: kranken- und pensions-)versichert. Was einen allfälligen Bezug von Arbeitslosengeld anlangt, so sieht § 6 Abs 2 Ziff 1 und 3 des österreichischen Arbeitslosenversicherungsgesetzes vor, dass als Versicherungen aus der Arbeitslosenversicherung für Bezieher von Arbeitslosengeld die Kranken- und Pensionsversicherung gewährt werden. Die näheren Bestimmungen für die Krankenversicherung der Leistungsbezieher finden sich in den §§ 40 und 41 des österreichischen Arbeitslosenversicherungsgesetzes, die näheren Bestimmungen über die Pensionsversicherung in § 8 Abs 1 Z 2 lit b des öASVG. Dass

Personen, die in einem unselbständigen Arbeitsverhältnis (wie vom Beschwerdeführer hinsichtlich der Firma X GmbH behauptet) stehen, einer obligatorischen Kranken- und Pensionsversicherung unterliegen, bedarf keiner näheren Erörterung.»

²³ In verfahrensmässiger Hinsicht ist bemerkenswert, dass eine (erneute) Beschwerde des Antragstellers als unzulässig zurückzuweisen war, und zwar bereits durch den Präsidenten der Beschwerdekommision. Dieser hielt in seinem Entscheid fest:

«Die Beschwerde war zurückzuweisen: Wie schon der Verwaltungsgerichtshof in seinem Urteil vom 24.03.2009, AZ. VGH 2009/5, welches dem Beschwerdeführer zugestellt wurde, ausgeführt hat, hat eine Beschwerdeschrift Mindestangaben zu enthalten, andernfalls sie als völlig unbegründet, ohne dass ein Verbesserungsverfahren durchzuführen wäre, zurückzuweisen ist. Dies ist hier der Fall. Der Beschwerdeführer legt keinen Beschwerdegrund dar. Seine Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, weshalb sie schon vom Vorsitzenden als unzulässig zurückzuweisen war (Art 96 Abs 1, 3 und 5 iVm 103a LVG).»

²⁴ Gegen den Entscheid wurde fristgerecht Vorstellung an das Kollegium der Beschwerdekommision erhoben (Art. 96 Abs. 5 i. V. m. Art. 103a LVG). Dieser konnte aber keine Folge gegeben werden. Die Kommission führte aus:

«Der Vorstellung des Vorstellungswerbers konnte nicht Folge gegeben werden. Wie ihm bereits im ersten und auch im nunmehrigen Verfahren mehrfach seitens der Finanzmarktaufsicht und der Beschwerdekommision mitgeteilt wurde, ist die Auszahlung einer Freizügigkeitsleistung an verschiedene im Gesetz abschliessend aufgezählte Voraussetzungen gebunden. Diese Voraussetzungen erfüllt der Beschwerdeführer nicht. Auch die Vorstellung erschöpft sich in der Wiedergabe der von ihm bereits bisher angezogenen Argumente, die durchwegs nicht zutreffen. Somit kommt der Vorstellung inhaltlich keine Berechtigung zu. Der Beschluss des Präsidenten der Beschwerdekommision war zu bestätigen, lässt doch die Beschwerde keinen Beschwerdegrund erkennen.»

²⁵ Für zukünftige Verfahren wurde sodann entschieden:

«Abschliessend: Das Verhalten des Vorstellungswerbers stellt sich als schikanös im Sinne des Art 64 Abs 4 LVG dar. Sollte er weiterhin Anträge an die Finanzmarktaufsicht stellen, ohne dass er substantiell Neues vorbringt, so würde dies einen <begründeten Fall> im Sinne von Art 4 Abs 4 FMA-AGV darstellen, was die Finanzmarktaufsicht in die Lage versetzen würde, vom Vorstellungswerber eine Kautionsleistung zur Deckung der Gebühren der Finanzmarktaufsicht zu verlangen. Bis zum Erlag einer entsprechenden Sicherheitsleistung müssten entsprechende Anträge des Vorstellungswerbers seitens der Finanzmarktaufsicht nicht behandelt werden.»

VERSICHERUNGEN

FMA-Praxis 2011

²⁶ Mit Verfügung schloss die FMA eine Arbeitgeberin bezüglich einer versicherungspflichtigen Person der Stiftung Sozialfonds zur Versicherung nach BPVG an. Gemäss Art. 3 Abs. 1 BPVG ist jeder Arbeitgeber verpflichtet, für seine Arbeitnehmer die betriebliche Vorsorge zu verwirklichen, sofern seine Arbeitnehmer nach dem Gesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) beitragspflichtig sind. Versicherungspflichtig sind alle beitragspflichtigen Arbeitnehmer, deren Jahreslohn wenigstens drei Viertel der maximalen Altersrente der AHV erreicht. Arbeitnehmer, die das 17. Altersjahr vollendet haben, sind gegen die Risiken Tod und Invalidität zu versichern. Nach Art. 4 BPVG beginnt die Risikoversicherung mit Beginn des Tages, an dem die Arbeit aufgrund der Anstellung angetreten wird. Für Altersleistungen sind die Arbeitnehmer dann zu versichern, wenn sie das 23. Altersjahr vollendet haben und das Arbeitsverhältnis unbefristet ist. Letzteres ist der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis auf mehr als 3 Monate befristet ist oder bei kürzerer Befristung über die erstmals festgesetzte Frist hinaus fortgesetzt wird (Art. 4 Abs. 1 Bst. c BPVG).

²⁷ Im Rahmen einer Arbeitgeberkontrolle hatte die AHV festgestellt, dass eine Person für die Jahre 2008 und 2009 nicht ordnungsgemäss bei einer Vorsorgeeinrichtung nach BPVG versichert gewesen war. Die AHV informierte entsprechend die FMA, welche einen Zwangsanschluss gestützt auf Art. 4a Abs. 4 i. V. m. Art. 23 BPVG verfügte. Die Zuweisung an die Stiftung Sozialfonds erfolgte deshalb, weil die Arbeitgeberin bereits einmal bei dieser Stiftung angeschlossen gewesen war.

ANDERE FINANZINTERMEDIÄRE

3. ANDERE FINANZINTERMEDIÄRE

3.1 VERLETZUNG VON SORGFALTPFLICHTEN

²⁸ Im Zuge von Ermittlungen ergab sich gegenüber X, einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrates einer liechtensteinischen Beratungs- und Verwaltungsgesellschaft, der Verdacht, mehrere Strafbestimmungen des Sorgfaltspflichtenrechts verletzt zu haben (zur Thematik vgl. auch vorne Rz. 1 ff.). Die FMA führte ein Untersuchungsverfahren durch und erstattete Strafanzeige gegen X bei der Liechtensteinischen Staatsanwaltschaft.

²⁹ Anwendbar war im vorliegenden Fall das alte SPG (aSPG), da alle vorgeworfenen Handlungen und Transaktionen nach dem 1. Februar 2005 und vor dem 1. März 2009 (Inkrafttreten des neuen Gesetzes) fielen (vgl. dazu Art. 40 Abs. 1 aSPG).

³⁰ Das aSPG findet auf Personen Anwendung, welche unter den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes fallen (Art. 3 i.V.m. Art. 4 aSPG). Nach Art. 3 Abs. 2 aSPG sind unter dem Begriff des Sorgfaltspflichtigen Unternehmen und Personen zu verstehen, die nicht unter Abs. 1 fallen, aber berufsmässig Finanzgeschäfte ausüben. Unter dem Begriff eines Finanzgeschäftes ist nach Art. 4 Abs. 2 Bst. a aSPG jede Annahme oder Aufbewahrung von fremden Vermögenswerten sowie die Mithilfe bei der Annahme, Anlage oder Übertragung solcher Vermögenswerte zu verstehen. Nach Art. 4 Abs. 2 Bst. b aSPG gelten ferner die Errichtung eines im Domizilstaat nicht kaufmännisch tätigen Rechtsträgers auf fremde Rechnung oder die Tätigkeit als Organ eines solchen als Finanzgeschäfte. Aufgrund erfolgter Abklärungen war unzweifelhaft, dass X fremde Vermögenswerte entgegengenommen und bis zur Übertragung an eine Drittperson auf einem Konto aufbewahrt hatte, mit Bezug auf welches X als wirtschaftlich berechtigte Person eingetragen worden war. Somit hatte X Finanzgeschäfte nach Art. 4 Abs. 2 Bst. a aSPG getätigt.

³¹ X wurden von der FMA folgende strafrechtlich relevanten Tatbestände vorgeworfen:

- Verstoss gegen Art. 30 Abs. 1 Bst. a aSPG (Identifizierung des Vertragspartners nach Art. 5 aSPG);
- Verstoss gegen Art. 30 Abs. 1 Bst. b aSPG (Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person nach Art. 7 aSPG);
- Verstoss gegen Art. 30 Abs. 1 Bst. f aSPG (Abklärungen nach Art. 15 Abs. 2 aSPG);
- Verstoss gegen Art. 30 Abs. 1 Bst. l aSPG (Dokumentation nach Art. 20 Abs. 1 aSPG).

Die Staatsanwaltschaft stellte entsprechend Bestrafungsantrag und verlangte überdies eine Bestrafung von X wegen Unterlassung einer Mitteilung an die Stabsstelle FIU nach Art. 16 Abs. 1 aSPG.

³² Mit Urteil sprach der Einzelrichter des Landgerichtes (LG) X von den vorgeworfenen Tatbeständen frei und verpflichtete das Land Liechtenstein zur Tragung der Verfahrenskosten. Zur Begründung wurde punktuell ausgeführt, es fehle an der Erfüllung einzelner objektiver Tatbestandselemente. Im Übrigen wurde festgehalten, es könne X mit Bezug auf die vorgeworfenen Straftatbestände weder Vorsatz noch eventualvorsätzliches Verhalten nachgewiesen werden. Es könne in jedem einzelnen Fall nicht rechtsgenügsam festgestellt werden, dass und ob X des erforderliche Tatbestandswissen gehabt habe oder zumindest die Erfüllung eines Tatbestands in Kauf genommen habe.

³³ Gegen das Urteil des LG meldete die Staatsanwaltschaft Berufung an wegen Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit und Schuld; sie beantragte, das angefochtene Urteil im Sinne eines Schuldspruchs gemäss Bestrafungsantrag abzuändern und eine angemessene Strafe zu verhängen. Das Obergericht (OG) gab der Berufung Folge, änderte das Urteil des LG ab und bestrafte X gemäss den Anträgen der Staatsanwaltschaft.

³⁴ Zunächst verwarf das OG das Vorbringen der Staatsanwaltschaft, das Urteil des LG sei nichtig. Dazu wird ausgeführt:

«Es genügt die allgemeine Behauptung nicht, das Gericht habe sich mit den in der Strafanzeige und dem Schreiben der FMA enthaltenen Ausführungen, soweit sie im Widerspruch zu den Angaben [von X] stehen, nicht näher auseinandergesetzt, um die Mängelrüge nach § 220 Zl. 3 StPO ordnungsgemäss zur Darstellung zu bringen. Vielmehr muss diese Nichtigkeitsrüge die konkreten Beweisergebnisse angeben, die in der Schlussverhandlung hervorgekommen sind und die das Urteil mit Stillschweigen übergangen hat. Insoweit hätte daher die Staatsanwaltschaft die Widersprüche zwischen den Ausführungen der FMA und den Angaben [von X] im Einzelnen darlegen müssen. Die allgemeine Behauptung, die Begründung des Urteils sei unvollständig in dem Sinne, dass Widersprüche zwischen den Ausführungen der FMA und den Angaben [von X] nicht näher gewürdigt wurden, ist keine gesetzesgemässige Ausführung des Nichtigkeitsgrundes nach § 220 Zl. 3 StPO (SSt 14/59; JBI 1948, 317 uva). Schon aus diesem Grunde kann auf die Nichtigkeitsrüge nicht näher eingegangen werden.»

³⁵ Ebenfalls nicht akzeptiert wurde die Geltendmachung des Berufungsgrundes der Mangelhaftigkeit des Verfahrens. Hingegen drang die Staatsanwaltschaft beim OG im Ergebnis mit ihren Beweisrügen sowie mit der Geltendmachung verschiedener Feststellungsmängel und einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung durch.

³⁶ Wie das LG äusserte das OG erhebliche Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Angaben von X sowie der Aussagen von Zeugen. Aus diesem Grund führte das OG eine Beweiswiederholung durch und gelangte gestützt darauf zu seinen dem LG widersprechenden Urteilsergebnissen. Namentlich kam

das OG zum Schluss, dass X mit einschlägiger Berufserfahrung die Vorschriften des SPG gekannt habe; X habe das selbst eingeräumt. Folgerichtig hätte X den durch das aSPG statuierte Abklärungs-, Feststellungs- und Dokumentationspflichten nachkommen müssen. In subjektiver Hinsicht habe X zumindest in Kauf genommen, die zur Diskussion stehenden Gesetzesvorschriften zu verletzen – «und sich damit abgefunden».

³⁷ In einem weiteren Fall ging es um ein Strafverfahren gegen eine Person wegen vorgeworfener Verletzungen der Sorgfaltspflichten nach SPG. Die Person war als Verwaltungsrat und später als Liquidator mit Einzelzeichnungsrecht einer schliesslich liquidierten AG tätig. Umstritten und für das Strafverfahren von Bedeutung war die Frage, ob auch ein amtlich bestellter Liquidator dem SPG unterstellt ist oder nicht. Dazu das Obergericht (OG), auf Berufung der Staatsanwaltschaft gegen ein Urteil des LG:

«Nach Auffassung des Obergerichtes untersteht der behördlich bestellte Liquidator ebenso dem Sorgfaltspflichtgesetz wie der rechtsgeschäftlich bestellte. Der Unterschied zwischen diesen beiden Liquidatoren liegt nur in den Bestellungs Voraussetzungen und den Bestellungsorganen. Im Falle des behördlich bestellten Liquidators ist es das Grundbuch- und Öffentlichkeitsregisteramt, das nach Art. 971 PGR die Auflösung und Liquidation der AG anzuordnen hat, wenn wie vorliegend kein Repräsentant mehr bestellt ist oder wenn die Voraussetzungen nach Art. 180a PGR nicht mehr erfüllt sind; im Falle des rechtsgeschäftlich bestellten Liquidators die Statuten oder das oberste Organ, wobei nach Art. 132 Abs. 1 PGR die geschäftsführenden und -vertretenden Mitglieder Liquidatoren der Verbandsperson sind. Auch der behördlich bestellte Liquidator muss nach Art. 133 Abs. 1a PGR Mitglied der Verwaltung sein. Überdies muss er – wie der rechtsgeschäftlich bestellte Liquidator – nach Art. 132 Abs. 1a PGR die Voraussetzungen gemäss Art. 180a PGR erfüllen oder als juristische Person über eine Bewilligung nach Art. 31 Abs. 1 des Gesetzes über die Treuhänder verfügen. Nur wenn wichtige Gründe vorliegen, kann das Grundbuch- und Öffentlichkeitsregisteramt auf Antrag oder von Amtes wegen auch eine andere Person zum amtlichen Liquidator bestellen. Ferner sind nach Art. 133 Abs. 5 PGR die Kosten des behördlich bestellten Liquidators ebenso wie jene des rechtsgeschäftlich bestellten Liquidators von der Verbandsperson zu tragen und trifft nach Art. 136 ff PGR beide Liquidatoren der nämliche Auftrag, nämlich die laufenden Geschäfte zu beenden, die Verbindlichkeiten der Verbandspersonen, soweit es das Vermögen zulässt, nach der konkursrechtlichen Rangordnung zu erfüllen, und die Aktiven zu versilbern, sowie letztlich das Vermögen der aufgelösten Verbandsperson nach Tilgung der Schulden unter die Mitglieder nach dem Verhältnis der auf die Anteile einbezahlten Beträge zu verteilen, und schliesslich nach Beendigung ihrer Tätigkeit die Löschung der Verbandsperson zur Eintragung im Öffentlichkeitsregisteramt zu melden.

Daraus ergibt sich, dass das Sorgfaltspflichtgesetz auf den Beschuldigten als behördlich bestellten Liquidator anzuwenden ist. Dass auch der rechtsgeschäftlich bestellte Liquidator dem Sorgfaltspflichtgesetz untersteht, hat der Beschuldigte eingeräumt.»

³⁸ Wegen eingetretener Verfolgungsverjährung bestätigte das OG den durch das LG ausgesprochenen Freispruch.

³⁹ Wie bereits aus den bisher referierten Fällen ersichtlich wird, geben immer wieder folgende Verfehlungen Anlass zum Einschreiten der Behörden, um SPG-Verstösse zu sanktionieren: ungenügende Feststellung und Überprüfung der Identität der Vertragspartner (Art. 6 SPG) und der wirtschaftlich berechtigten Personen (Art. 7 SPG) sowie das Nichterstellen der Geschäftsprofile (Art. 8 SPG) oder fehlende Dokumentation (Art. 20 SPG).

⁴⁰ Werden Verletzungen der Verpflichtungen aus dem SPG festgestellt, verfügt die FMA in der Regel die Herstellung des rechtmässigen Zustandes. Gegebenenfalls wird dem Verfügungsadressaten gleichzeitig untersagt, bis zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes neue Geschäftsbeziehungen aufzunehmen. Wie alsdann ein konkreter Fall zeigte, kann sich die FMA bei anhaltender Nichtbefolgung ihrer Anordnungen veranlasst sehen, bei der Staatsanwaltschaft Strafanzeige wegen Verletzungen von Sorgfaltspflichten im Sinne des SPG zu erstatten.

⁴¹ In einem Straffall, der mehrere Gerichtsinstanzen beschäftigte, ging es um die Verurteilung einer Person nach Art. 30 Abs. 1 Bst. f i. V. m. Art. 15 Abs. 2 SPG (in der Fassung LGBL 2005 Nr. 5). Dem Angeklagten wurde vorgeworfen, die erforderlichen besonderen Abklärungen entgegen Art. 15 Abs. 2 SPG nicht vorgenommen zu haben, als er im Rahmen seiner Tätigkeit nach Art. 180a PGR (für eine ausländische Firma) einen Bankcheck über 200 Mio. US-Dollar von einer Person entgegennahm und diesen kurze Zeit später einem Dritten «wieder ausgefolgte» (Urteil des LG). Der Check war offensichtlich wertlos. Daraus leitete der Angeklagte das Argument ab, bei einem solchen Check handle es sich um ein völlig untaugliches Mittel zur Begehung von Geldwäscherei beziehungsweise eines sonst in Art. 16 Abs. 1 SPG genannten Delikts. Dem widersprach die Staatsanwaltschaft, und das OG schloss sich wie folgt an:

«Nach den getroffenen Feststellungen war der fragliche, vom Angeklagten im Rahmen der Geschäftsbeziehung betreffend die XAG zur Aufbewahrung angenommene Bankcheck über nominal USD 200 Mio. <nichts wert> und wusste der Angeklagte, dass dieser Check <nichts wert (also gefälscht)> war. Nach der dem SPG innewohnenden Teleologie sind unter den Begriff <Vermögenswerte> iS von Art. 15 Abs. 2 SPG idF LGBL 2005 Nr. 5 auch Checks zu verstehen, die <nichts wert> sind, sei es, weil sie nicht gedeckt oder aus anderen (zivilrechtlichen) Gründen nicht einlösbar oder <gefälscht> sind. Selbstredend stellen auch Checks, die <nichts wert> oder <gefälscht> sind, taugliche Mittel zur Begehung einer Vortat zur Geldwäscherei, insbesondere z. B. zur Begehung von Betrügereien dar. Falls einem Finanzintermediär ein Bankcheck über nominal USD 200 Mio. zur Aufbewahrung überlassen bzw. ins Depot gegeben wird, von dem er weiss, dass er nichts wert, weil gefälscht ist, so begründet dies jedenfalls ein ausreichendes Verdachtsmoment, dass <etwas nicht in Ordnung> ist, und damit die sich aus Art. 15 Abs. 2 SPG ergebende strafbewehrte Pflicht des Finanzintermediärs, weitergehende Abklärungen zu treffen.»

3.2 TREUHÄNDERTÄTIGKEIT

⁴² In dem soeben referierten Fall (Rz. 41) wurde der Angeklagte überdies strafrechtlich verurteilt, weil er geschäftsmässig unbefugt eine Tätigkeit nach Art. 7 TrHG ausgeübt und unberechtigt die Berufsbezeichnung «Treuänder» oder eine gleichbedeutende Berufs- oder Geschäftsbezeichnung geführt hatte. So warb er etwa mit folgenden Texten und Bezeichnungen:

- «treuhänderische Gründung und Verwaltung einer Gesellschaft / Stiftung / Trust mit Sitz in Vaduz, Liechtenstein oder einer anderen Jurisdiktion gemäss Vereinbarung»;
- «Firmengründungen in Liechtenstein und weltweit, Stiftungen, Trusts etc.»;
- Stempel «XYZ, Trustee Services»; «lizenzierter Treuänder».

⁴³ Mit Bezug auf letztere Gesetzesverstösse hatte der Angeklagte geltend gemacht, das Erstgericht habe unzulässigerweise unberücksichtigt gelassen, dass das Öffentlichkeitsregisteramt seine Gründungstätigkeit nie beanstandet habe. Dieses Argument wurde vom OG zurückgewiesen:

«Dem Öffentlichkeitsregisteramt oblag keine Überwachungspflicht hinsichtlich der Erlaubtheit der Tätigkeit des Berufungswerbers im Hinblick auf das Treuhändergesetz. Angesichts dessen konnte der Berufungswerber aus dem Umstand, dass das Öffentlichkeitsregisteramt seine Gründungstätigkeit unter treuhandgesetzlichen Gesichtspunkten nicht beanstandete, nicht konkludent ableiten, dass ihm diese Tätigkeit rechtlich erlaubt sei. Vielmehr war er gehalten, sich mit dem Treuhändergesetz (TrHG), bei welchem es sich nebst dem SPG um eines der zentralen, die Berufstätigkeit auch der <180a-PGR-Treuänder> betreffenden, Gesetze handelt, indem es regelt, welche Treuhändertätigkeiten dem <Art. 180a-PGR-Treuänder> nicht erlaubt sondern den konzessionierten Treuhändern vorbehalten sind, vertraut zu machen und im Falle von Unsicherheiten entsprechenden fachkundigen Rat einzuholen.»

⁴⁴ Ähnlich wie in einem anderen Fall (vgl. Rz. 18) hatte sich die FMA mit dem Erbringen des Nachweises einer Berufshaftpflichtversicherung einer Treuhandgesellschaft (nachfolgend Trust) zu befassen. Nach Art. 33 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 TrHG ist jede Treuhandgesellschaft verpflichtet, vor Aufnahme der Geschäftstätigkeit nachzuweisen, dass zur Deckung der aus dieser Tätigkeit entstandenen Schadenersatzansprüche eine Haftpflichtversicherung besteht. Diese ist während der gesamten Dauer der Berufstätigkeit aufrecht zu halten. Auf Verlangen ist die Versicherungsbestätigung der FMA vorzulegen. Entsprechend Art. 12 Abs. 2 TrHG hat die FMA ihr die Tätigkeit einzustellen, wenn die Treuhandgesellschaft trotz Aufforderung die Versicherung nicht aufrecht hält oder den Nachweis nicht vorlegt. Da der Versicherungsnachweis trotz wiederholter Aufforderung durch die FMA nicht erbracht

wurde, entzog die FMA der Treuhandgesellschaft die Bewilligung. Gleichzeitig untersagte sie dieser mit sofortiger Wirkung, bisher bewilligte Tätigkeiten auszuüben. Überdies entzog sie für den Fall einer Anfechtung mittels Beschwerde dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung. Dazu die FMA:

«Der Trust verfügt über keine gesetzlich vorgeschriebene Berufshaftpflichtversicherung, die Schadenersatzansprüche aus der Treuhandtätigkeit abdeckt. Entsteht einem Kunden des Trust im Zusammenhang mit dessen beruflicher Tätigkeit ein Schaden, so ist keine Versicherung vorhanden, welche die finanziellen Nachteile abdeckt. Eine Gefahr für die Kunden des Trust ist damit gegenwärtig und sie bleibt so lange bestehen, wie der Trust tätig ist. Der Schutz des Kunden kann nur dadurch ermöglicht werden, wenn die Tätigkeit des Trust sofort eingestellt wird und nicht erst nach einem womöglich langwierigen Beschwerdeverfahren. Damit ist eine unverzügliche Einstellung der Tätigkeit des Trusts zur Wahrung der Kundeninteressen geboten. Eine Gewährung der aufschiebenden Wirkung würde eine nicht zu verantwortende Gefährdung und ein hohes Risiko für die Kunden bedeuten.»

⁴⁵ Einer gegen die Verfügung der FMA erhobenen Beschwerde wurde keine Folge gegeben. Die Beschwerdekommision führte aus:

«Den Ausführungen des Beschwerdeführers zuwider hat die Finanzmarktaufsicht ausreichende Sachverhaltsfeststellungen getroffen, die es ihr ermöglichten, entsprechende (richtige) rechtliche Schlüsse zu ziehen. Was zunächst das Argument des Beschwerdeführers anlangt, es habe in Wahrheit bei der X Versicherung eine Haftpflichtversicherung bestanden, die auch die Berufsrisiken in Liechtenstein deckte, so ist dem entgegenzuhalten, dass aus den vom Beschwerdeführer der Finanzmarktaufsicht vorgelegten Urkunden tatsächlich nicht mit der erforderlichen Sicherheit der Schluss gezogen werden konnte, dass ein entsprechendes Versicherungsverhältnis mit der X Versicherung vorlag. Die Finanzmarktaufsicht hat nämlich zu Recht darauf hingewiesen, dass den vorgelegten Urkunden nicht entnommen werden kann, dass die Versicherung zum nunmehrigen Zeitpunkt (Oktober 2011) immer noch besteht. Weiters konnte diesen Urkunden nicht entnommen werden, ob diese Versicherung die Tätigkeit als Treuhänder umfasst.»

«Der Beschwerdeführer dringt aber auch mit seinem Vorbringen, sein Treuhänder sei auch als österreichischer Rechtsanwalt mit Kanzleisitz in Österreich zugelassen und somit aufgrund der Grundfreiheiten des EWR berechtigt, grenzüberschreitend tätig zu sein, nicht durch. Dazu ist festzuhalten, dass die Beaufsichtigung des Beschwerdeführers durch die Finanzmarktaufsicht aufgrund seiner Eigenschaft als zugelassener Treuhänder im Sinne der Art 1b Abs 1, 10, 24 und 53e TrHG erfolgt. Die Finanzmarktaufsicht hat dabei nicht darauf Bedacht zu nehmen, ob der Treuhänder des Beschwerdeführers allenfalls noch in einem anderen EWR-Mitgliedstaat als Rechtsanwalt zugelassen ist, sondern ausschliesslich zu prüfen, ob – in casu – der Nachweis der gesetzlich vorgeschriebenen Haftpflichtversicherung erbracht ist.»

« Weiters hat die Finanzmarktaufsicht mit der angefochtenen Verfügung zu Recht ausgesprochen, dass einem allfälligen Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung aberkannt wird. Zwar kommt einem Rechtsmittel in Verwaltungsverfahren gemäss Art 100 Abs 1 (iVm Art 103a), 88 Abs 2 und 116 Abs 1 LVG grundsätzlich aufschiebende Wirkung zu, doch kann die erstinstanzliche Behörde (hier: die Finanzmarktaufsicht) gemäss Art 116 Abs 3 lit a und 8 LVG einem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung versagen, wenn der sofortige Vollzug der Verfügung durch ein von Amts wegen zu wahrendes öffentliches Interesse geboten erscheint, was hier zweifelsohne der Fall war: Die Gefahr, dass die Tätigkeit als Treuhänder ausgeübt wird, ohne dass die vom Gesetz im Sinne des Schutzes der Kunden vorgeschriebene Haftpflichtversicherung besteht, rechtfertigt den getätigten Ausspruch allemal. Wieso die hinsichtlich der X Versicherung vorgelegten Urkunden nicht ausreichend waren, wurde bereits dargelegt. Schliesslich hat es sich der Beschwerdeführer selbst zuzuschreiben, wenn er die ihm von der Finanzmarktaufsicht gesetzte Frist ungenützt verstreichen lässt. »

INTERNATIONALE AMTSHILFE

4. INTERNATIONALE AMTSHILFE

4.1 BEDEUTUNG UND RECHTSGRUNDLAGE

⁴⁶ Wie in den Vorjahren hatte sich die FMA 2011 mit zahlreichen Amtshilfebegehren ausländischer Aufsichtsbehörden zu befassen. Ähnliches gilt für den VGH, bei welchem die FMA jeweils ein Ersuchen zur Genehmigung nach Art. 27g FMAG vorlegt.

⁴⁷ Im Vordergrund der Amtshilfetätigkeit während des Berichtszeitraumes stand die Kooperation mit ausländischen Wertpapieraufsichtsbehörden. Das Kapitel IVa des FMAG regelt die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden im Bereich Wertpapieraufsicht. Gemäss Art. 27a Abs. 1 FMAG ist die FMA ganz allgemein zur Leistung von Amtshilfe gegenüber ausländischen Behörden im Bereich «Wertpapieraufsicht» verpflichtet. Der beispielhafte Katalog verschiedener Gebiete dieser Wertpapieraufsicht in Art. 27a Abs. 1 Bst. a–g FMAG ist sehr umfassend formuliert und beinhaltet u.a. Insiderhandel, Marktmanipulation, Tätigkeit von Finanzintermediären mit Bezug zur Wertpapieraufsicht, Überwachung von Börsen und anderen Finanzmärkten, Meldepflichten von Emittenten, Veröffentlichungspflichten von Emittenten, Bekämpfung von Geldwäscherei im Zusammenhang mit der Wertpapieraufsicht, Anlagebetrug, Wertpapierbetrug und falsche Darstellung von wesentlichen Informationen im Wertpapierbereich.

4.2 UMFANG DER ZU GEWÄHRENDE AMTSHILFE

⁴⁸ Einen zentralen Stellenwert nimmt bei der Amtshilfe die Frage ein, in welchem Umfang diese – bei an sich unbestrittener Leistung der Hilfe – gegenüber den ausländischen Behörden zu gewähren sei. Wie die einschlägigen Entscheide aus dem Jahr 2011 zeigen, überprüft der VGH akribisch, ob und inwieweit er einem bezüglichen Antrag der FMA stattgeben kann.

⁴⁹ Ein erster relevanter Fall betrifft ein Ersuchen der schweizerischen FINMA. Die FMA stellte den Antrag zur Genehmigung des Vollzugs der Amtshilfe gemäss Art. 27g FMAG, allerdings verbunden mit von ihr umschriebenen Einschränkungen. Zuständig für die Entscheidung war (ist) ein Einzelrichter des VGH gemäss Art. 27g Abs. 1 FMAG. Gemäss Geschäftsordnung des VGH vom 17. Januar 2011 ist dies der Vorsitzende des VGH. Dieser bewilligte beziehungsweise genehmigte den Antrag der FMA.

⁵⁰ Die FINMA hatte den Verdachtssachverhalt wie folgt dargestellt: Es gehe um den Verdacht auf Ausnutzung der Kenntnis vertraulicher Tatsachen im Zusammenhang mit der X AG (Verstoss gegen die Insiderstrafnorm gemäss Art. 161 chStGB). Untersucht würden auffällige Transaktionen, welche im Vorfeld der Publikation der Halbjahreszahlen der X AG getätigt worden seien. Die Schweizer Emittentin X sei an der Schweizer Börse SIX Swiss Exchange primär kotiert. Es sei vorbörslich bekannt geworden, dass X AG auf ihrem Hedge-Fund-Geschäft Abschreibungen im Umfang von CHF [...] vornehmen habe müssen. Ferner habe die Gesellschaft mitgeteilt, dass sich die Kerngewinnmarge im ersten Halbjahr 2010 enttäuschend entwickelt habe. In der Folge sei die Namenaktie stark unter Druck geraten. Nach einer verzögerten Eröffnung (delay opening) habe der Titel bei CHF [...] eröffnet und bei CHF [...] geschlossen. Im Vorfeld der Publikation der Halbjahreszahlen hätten, so habe die FINMA festgestellt, auffällige Verkaufstransaktionen liechtensteinischer Banken stattgefunden. Mit mehreren E-Mail-Schreiben ergänzte die FINMA auf Aufforderung der FMA den Verdachts-sachverhalt und erbat Informationen und Unterlagen für einen spezifischen Zeitraum.

⁵¹ Die FINMA ersuchte um Angaben über die Identität der Kunden und wirtschaftlich Berechtigten, die im fraglichen Zeitraum den Basiswert Namenaktie der X AG verkauften; und Angaben zu den Kunden beziehungsweise wirtschaftlich Berechtigten, für welche die liechtensteinischen Banken in der genannten Zeit Transaktionen à la baisse in nicht standardisierten Finanzinstrumenten und nicht börsengehandelten Derivaten mit Basiswert Namenaktie X AG tätigten; und, bei Eigenhandelspositionen, der Name des Händlers und allenfalls des internen Auftraggebers; und Angabe von Anzahl und Preisen solcher Abschlüsse sowie über die wirtschaftlichen Motive, die zum Verkauf des Basiswerts beziehungsweise zur Position in Derivaten mit Basiswert Namenaktie X AG während der Untersuchungsperiode führten; und Aufzeichnungen und Abschriften der Telefongespräche, E-Mails und andere Dokumente, die im Zusammenhang mit den Verkäufen standen. Überdies wollte die FINMA in Erfahrung bringen, ob über die liechtensteinischen Banken im relevanten Zeitraum weitere Verkäufe erfolgt seien.

⁵² Die FMA führte in ihren ausführlichen Erwägungen aus, sie wolle dem sehr weitreichenden Ersuchen der FINMA folgen, jedoch dieses in Teilaspekten betraglich einschränken, und zwar auf solche Kunden beziehungsweise wirtschaftlich Berechtigte, die im fraglichen Untersuchungszeitraum [...] Namenaktien X AG oder mehr verkauft hätten. Hinsichtlich der nicht standardisierten Finanzinstrumente und nicht börsengehandelter Derivate werde die Amtshilfegewährung auf Kunden beziehungsweise wirtschaftlich Berechtigte beschränkt, die im fraglichen Untersuchungszeitraum Transaktionen in solchen Finanzinstrumenten im Umfang von CHF [...] oder mehr getätigt hätten.

⁵³ Zur dieser Amtshilfegewährung führte der Vorsitzende des VGH aus:

«Nach Ansicht des unterzeichnenden Richters muss die Amtshilfegewährung nicht noch weiter eingeschränkt werden. Die FINMA legte nämlich den Verdachtssachverhalt dar und führte auch aus, dass sie nicht nur die konkret genannten Transaktionen als verdächtig erachte, sondern alle Transaktionen, die über die genannten liechtensteinischen Banken im Untersuchungszeitraum abgewickelt wurden. Die FINMA kenne aber diese Transaktionen nicht im Einzelnen. Dies ist zwar eine relativ pauschale Argumentation, dass sämtliche Verkäufe in den genannten Namensaktien durch die genannten liechtensteinischen Banken verdächtig sind, doch ist diese Begründung durchaus nachvollziehbar und plausibel, dies zumindest in dem Umfange, wie er nach der Einschränkung durch die FMA noch besteht. Es sind nämlich erfahrungsgemäss viel weniger oft die betragsmässig kleinen Aktientransaktionen, die auf Insiderwissen basieren, sondern vielmehr die grossen Transaktionen. Wenn die FINMA als die zuständige Fachstelle mit dem entsprechenden Expertenwissen über die untersuchten Namensaktien und den entsprechenden Markt (hier den Schweizer Börsen- und Ausserbörsenmarkt) Verkäufe von [...] für gross und verdächtig hält, dürfen und müssen Verkäufe derselben Aktiengattung in demselben Untersuchungszeitraum ebenfalls als verdächtig qualifiziert werden. Somit war der Vollzug der Amtshilfe im von der FMA eingeschränkten Umfang zu bewilligen.»

⁵⁴ In einem weiteren Fall war zu prüfen, ob der Umfang der in einem Amtshilfeverfahren von der deutschen BaFin ersuchten Unterlagen angemessen war. Die BaFin ersuchte um Übermittlung von Informationen darüber, welche Zahlungen auf den von X bei der Y Bank, Vaduz, geführten Konten erfolgten, dies inklusive Betrag, Datum, Buchungsgrund, Verwendungszweck und Angaben zu Zahlungsempfänger beziehungsweise Zahlungsabsender. Solche Informationen benötigte die BaFin nach Ansicht des VGH berechtigterweise, weil dadurch Zusammenhänge zwischen den verschiedensten Personen aufgezeigt wurden, insbesondere auch zwischen den Personen, die nach Ansicht der BaFin «gemeinsame Sache» im vorliegenden Marktmanipulationsfall machten. Um den Verdachtssachverhalt der BaFin zu verifizieren oder falsifizieren, war es notwendig, dass die BaFin wisse, von wem die X Zahlungen erhielt und an wen sie Zahlungen leistete.

⁵⁵ Die FMA brachte vor, dass die Bank Y im vorliegenden Zusammenhang eine Verdachtsmitteilung gemäss SPG an die FIU und an die FMA eine Strafanzeige erstattet hatte. Dennoch wollte die FMA von der Möglichkeit gemäss Art. 27f FMAG, das gegenständliche Ersuchen der BaFin abzulehnen, keinen Gebrauch machen. Dazu der VGH:

«Ein liechtensteinisches Strafuntersuchungsverfahren ist in internationalen Fällen wie dem gegenständlichen in der Regel wenig sinnvoll. Vorliegendenfalls ermittelt die BaFin offensichtlich schon länger und aufgrund eines grösseren Informationsfundus als die liechtensteinischen Behörden. Deshalb macht es Sinn, dass die BaFin bzw. die deutschen Strafuntersuchungsbehörden das Haupt-Untersuchungsverfahren führen, zumal es keinerlei Hinweise dafür gibt, dass eine in Liechtenstein ansässige natürliche Person sich schuldhaft an einer Marktmanipulation beteiligt hätte. Aus all diesen Gründen soll die von der BaFin geführte Untersuchung nicht durch die Verweigerung der gegenständlichen Amtshilfeleistung behindert werden.»

Die durch die FMA beantragte Genehmigung war somit zu erteilen.

⁵⁶ In Zusammenhang mit einem Ersuchen der amerikanischen SEC ging es um den Umfang der zu gewährenden Amtshilfe, das konkret einzuhaltende Verfahren sowie die von der FMA zu treffende Formulierung der Amtshilfe. Der Vorsitzende des VGH hielt in seinem Bewilligungsbeschluss fest:

Die SEC ersuchte die FMA «um Einholung von Informationen und Unterlagen bei der X Bank betreffend das genannte Konto, insbesondere die betreffenden Kontoeröffnungsunterlagen einschliesslich Unterlagen zu den wirtschaftlich Berechtigten, Vertretungsberechtigten und Bevollmächtigten der Gesellschaft und des Kontos; sowie Unterlagen über die Kommunikation betreffend die versuchte Überweisung von USD [...]. Es spricht nichts gegen die Amtshilfe in diesem Umfang.»

Die SEC ersuchte die FMA auch um Einholung von Informationen und Unterlagen bei der Y in Vaduz. Konkret, so die SEC, wolle die FMA bestimmte bezeichnete Unterlagen betreffend Begünstigung an der versuchten Überweisung [...] bei Y einholen, «wenn Y der Kontoinhaber des genannten Kontos bei der X ist.» Die SEC sieht damit die Möglichkeit vor, zuerst die Informationen und Unterlagen bei der X Bank und erst dann, wenn sich aufgrund der eingeholten Informationen und Unterlagen Y als Kontoinhaber herausstellt, die Informationen und Unterlagen bei Y einzuholen. Ein solches stufenweises Vorgehen ist zwar nicht die einzige Vorgehensmöglichkeit – auch die parallele Einholung von Informationen und Unterlagen bei X Bank einerseits und Y andererseits erscheint möglich –, doch ist sie die angemessene und verhältnismässige Vorgehensweise. Ist nämlich Y nicht Inhaberin des genannten Kontos bei der X Bank, würde die sofortige Aufforderung der FMA an die Y, Informationen und Unterlagen zu einer bestimmten Transaktion herauszugeben, dazu führen, dass Y von einem Sachverhalt Kenntnis erlangt, mit dem sie überhaupt nichts zu tun hat, und Y wäre gezwungen, einen gewissen Aufwand für etwas zu betreiben, in das sie nicht involviert ist. Ein stufenweises Vorgehen führt zwar zu einer – allerdings geringfügigen – zeitlichen Verzögerung – dies aber auch nur dann, wenn Y Inhaber des genannten Bankkontos ist –, was aber weit weniger gravierend erscheint, als die mit einem sofortigen Vorgehen gegenüber Y verbundenen Nachteile.

Die FMA hat die Sache offensichtlich ähnlich gesehen. Sie beantragt nämlich beim VGH, dieser möge den Vollzug der Amtshilfe im folgenden Umfang genehmigen: «Sollte die Y Kontoinhaberin des Kontos (...) bei der X Bank sein, so soll der Vollzug der Amtshilfe auch folgende Informationen und Unterlagen von der Y zum beabsichtigten Begünstigten der versuchten Zahlung [...] umfassen: (...). Im Spruch dieses Beschlusses des VGH erfolgte daher eine entsprechende Klarstellung.»

«Im Übrigen schliesst sich der unterzeichnende Richter den schriftlichen Erwägungen der FMA vom 5. April 2011 an. Somit war der Vollzug der Amtshilfe im beantragten Umfang zu bewilligen, dies mit der Klarstellung, dass zuerst die Informationen und Unterlagen bei der X Bank einzuholen und aufgrund dieser zu entscheiden ist, ob Informationen und Unterlagen bei der Y eingeholt werden.»

Des Weiteren führte der VGH in dieser Sache zur Gewährung der Amtshilfe Folgendes aus:

«Das Kapitel IVa des FMAG regelt die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden im Bereich der Wertpapieraufsicht. Gemäss Art. 27a Abs. 1 Ingress FMAG ist die FMA ganz allgemein zur Leistung von Amtshilfe gegenüber ausländischen Behörden im Bereich «der Wertpapieraufsicht» verpflichtet.

Der beispielhafte Katalog verschiedener Gebiete dieser Wertpapieraufsicht in Art. 27a Abs. 1 Bst. a–g FMAG ist sehr umfassend formuliert und beinhaltet u. a. Insiderhandel, Marktmanipulation, Tätigkeit von Finanzintermediären mit Bezug zur Wertpapieraufsicht, Überwachung von Börsen und anderen Finanzmärkten, Meldepflichten von Emittenten, Veröffentlichungspflichten von Emittenten, Bekämpfung von Geldwäscherei im Zusammenhang mit der Wertpapieraufsicht, Anlagebetrug, Wertpapierbetrug und falsche Darstellung von wesentlichen Informationen im Wertpapierbereich.

Vorliegend sind die Aktien von Z an einer amerikanischen Börse notiert. Deshalb unterliegen Z und ihre Aktien dem Exchange Act und damit der Aufsicht (Wertpapieraufsicht) der SEC. Die SEC prüft und untersucht, ob Z die wertpapierbezogenen Bestimmungen des Exchange Act einhielt. Zu diesen Bestimmungen gehören die oben erwähnten Bestimmungen, die alle darauf hinauslaufen, dass sich die Öffentlichkeit und damit Anbieter und Nachfrager von Z-Aktien an der New Yorker Börse ein vollständiges und richtiges Bild von den finanziellen Verhältnissen von Z machen können. Deshalb dürfen die von Z zu veröffentlichenden Jahresrechnungen nicht verschleierte oder versteckte Transaktionen enthalten. Damit diesen veröffentlichten Jahresrechnungen mehr Glaubwürdigkeit zukommt, sind die Gesellschaften, deren Aktien an Börsen notiert sind, verpflichtet, interne Kontrollsysteme einzurichten, die gewährleisten, dass die erstellten und publizierten Jahresrechnungen ein akkurates und faires Bild abgeben. Dies ist, wie die SEC in ihrem Amtshilfeersuchen ausführt, wichtig, denn die Investoren, also die (potentiellen) Käufer und Inhaber von Z-Aktien, verlassen sich auf die veröffentlichten Geschäftszahlen, um so selbst bestimmen und entscheiden zu können, ob sie Z-Aktien

kaufen oder verkaufen. Wenn Z falsche oder verfälschte Zahlen offenlegt, können die Investoren keine richtigen Entscheide fällen und es besteht die Gefahr der – ungerechtfertigten – Schädigung der Investoren. Dies soll durch das Wertpapierrecht, vorliegendenfalls insbesondere durch den Exchange Act, verhindert werden. Dafür, dass die Bestimmungen des Exchange Act eingehalten werden, sorgt die SEC, unter anderem durch Untersuchungen von vermuteten Verstößen gegen den Exchange Act, wie vorliegendenfalls. Die Wertpapieraufsicht, wie sie hier von der SEC betrieben wird, dient also der Funktionsfähigkeit und Fairness der Wertpapiermärkte und damit auch dem Vertrauen in die Wertpapiermärkte (siehe hierzu auch Art. 4 FMAG, Art. 1 Bankengesetz, Art. 1 Offenlegungsgesetz, Art. 1 Marktmissbrauchsgesetz).

Entsprechend umfassend wollte der liechtensteinische Gesetzgeber die Gewährung der internationalen Amtshilfe in Finanzmarktaufsichtsangelegenheiten regeln. So führte die Regierung in ihrem Bericht und Antrag an den Landtag betreffend die Abänderung des Finanzmarktaufsichtsgesetzes Nr. 92/2010 aus, dass sämtliche Bereiche, in denen Finanzmarktaufsicht im Wertpapieraufsichtsbereich praktiziert werde, amtshilferelevant werden können, sofern nur ein klarer Zusammenhang zur Wertpapieraufsicht ersichtlich ist (S. 35).»

⁵⁷ Mit Schreiben ersuchte die italienische Finanzmarktaufsichtsbehörde CONSOB die FMA um Unterstützung in einer Sache betreffend den Verdacht der Marktmanipulation im Zusammenhang mit Aktien der X. Die CONSOB begründete ihr Ersuchen ausführlich. Der VGH führte aus:

«Der Verdacht der Marktmanipulation wird durch den aus dem Verfahren [...] bekannten Sachverhalt nicht abgeschwächt oder gar aufgehoben, vielmehr erhärtet. Aus jenem Verfahren ergibt sich, dass eine andere liechtensteinische Gesellschaft in einem ähnlichen Zeitraum, nämlich von April 2009 bis Juni 2010, ebenfalls sehr viele X-Aktien an der Börse kaufte. Jene andere liechtensteinische Gesellschaft wird von denselben Treuhandbüros in [...] wie die Y Anstalt verwaltet. Wie jene andere liechtensteinische Gesellschaft kaufte auch die Y Anstalt in relativ kurzer Zeit durch Tüchtigkeit von zahlreichen Einzelgeschäften mit einer jeweils verhältnismässig geringen Anzahl von Aktientiteln [...] insgesamt eine grosse Anzahl von X-Aktien. Dies erhärtet den Verdacht einer konzentrierten marktmanipulativen Aktion.

Aus all dem ergibt sich, dass das Kursniveau der X-Aktien in der angegebenen Zeitperiode als anormal im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 MG (liechtensteinisches Marktmissbrauchsgesetz, LGBl. 2007 Nr. 18) zu qualifizieren ist und ein begründeter Verdacht der Marktmanipulation im Sinne derselben Bestimmung (dazu auch Art. 1 Abs. 1 Ziff. 2 Bst. a zweiter Spiegelstrich der Richtlinie 2003/6/EG, auf welche sich CONSOB ausdrücklich bezieht und die auch ins italienische Recht umgesetzt ist, nämlich im Gesetz Nr. 58/1998 vom 24. Februar 1998 in der heutigen gültigen Fassung, insbesondere Art. 187-ter Abs. 3 Bst. b) besteht.»

⁵⁸ Bezüglich des Umfangs der bei Y Anstalt einzuholenden und an CONSOB weiterzuleitenden Informationen gab der VGH Folgendes vor:

«Darüberhinaus ersucht CONSOB um folgende Informationen (wie dies die FMA in Ziff. 6 des gegenständlichen Antrages vom 12. Oktober 2011 an den VGH formuliert): «In Bezug auf die oben genannten Transaktionen: Informationen zu 10 000 Euro übersteigenden Beträge, die innerhalb des Zeitraums [...] auf Bankkonten der Y Anstalt gutgeschrieben wurden, einschliesslich dem Namen unter welchem die Konten, welche die Gutschrift getätigt haben, registriert sind, die IBAN solcher Konten, Betrag und Datum der Gutschrift». Dies bedeutet nichts anderes, als dass Y Anstalt alle Gutschriften auf sämtlichen ihren Bankkonten offenlegen müsste, sofern diese Gutschriften im genannten Zeitraum erfolgten und den Betrag von € 10 000.– überstiegen. Die Relevanz dieser Information kann zwar erahnt werden – nämlich dass auch dadurch die Frage der Finanzierung der Käufe von X-Aktien abgeklärt wird –, doch können solche Informationen auch überschliessend, ja sogar weit überschliessend sein. Sie sind vor allem dann nicht notwendig, wenn Y Anstalt substantiiert und in Bezug auf sämtliche Aktienkäufe darlegt, wie die Käufe finanziert wurden. Aus diesem Grund ist die Einholung der erwähnten Informationen derzeit nicht verhältnismässig und damit unzulässig. Sobald aber die Informationen über die Finanzierung der Aktienkäufe der FMA vorliegen, kann – nochmals – geprüft werden, ob es notwendig ist, weitere Informationen zur Finanzierung der Aktienkäufe bei Y Anstalt einzuholen. Somit war der Vollzug der Amtshilfe hinsichtlich seines Umfangs entsprechend einzuschränken.»

4.3 FORM UND BESCHAFFUNG DER FÜR DIE AMTSHILFE EINZUHOLENDEN INFORMATIONEN

⁵⁹ In grundsätzlicher Hinsicht hatte sich der VGH – in einem an sich zulässigen Amtshilfeverfahren gegenüber der SEC – mit der Frage zu befassen, in welcher Form die FMA ersuchte Informationen einzuholen hat und ob bei der Informationsbeschaffung gegebenenfalls auch Vertreter ausländischer Behörden anwesend sein dürfen. In einem ausführlichen Beschluss hielt der Vorsitzende des VGH dazu Folgendes fest:

«Die Bestimmungen des Finanzmarktaufsichtsgesetzes über die internationale Amtshilfe (Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden im Bereich der Wertpapieraufsicht, Art. 27a ff.) sprechen durchwegs von «Informationen», die von der FMA einzuholen und an die ausländische Behörde zu übermitteln sind. Dass darunter Urkunden wie Bankbelege, Statuten, in Papierform vorhandene Buchhaltungen, Verträge und vieles andere mehr, zu verstehen ist, ist eine Selbstverständlichkeit und wurde als solches vom Gesetzgeber vorausgesetzt und entspricht der steten Praxis.»

Die SEC ersuchte im konkreten Fall jedoch, Vertreter der X und des Y zu «befragen» und selbst an diesen Befragungen teilnehmen zu können. Ob dies möglich ist, ist in der bisherigen Rechtsprechung nie zur Entscheidung gestanden, sodass diesbezüglich die Sache genauer zu untersuchen ist. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Frage, ob mündliche Befragungen zur Informationseinholung zulässig sind, und der Frage, ob bei solchen mündlichen Befragungen ausländische Behördenvertreter (hier Mitarbeiter der SEC) anwesend sein dürfen.»

⁶⁰ *«Aus dem Wortlaut der Bestimmungen des Finanzmarktaufsichtsgesetzes über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden im Bereich der Wertpapieraufsicht (Art. 27a ff. FMAG) ergibt sich nicht, ob mündliche Befragungen von Informationsinhabern durch die FMA möglich sind oder nicht. Der Wortlaut spricht nur von «Informationen». Der weitere Wortlaut dieser Bestimmungen, soweit er sich auf Informationen bezieht, spricht eher dafür, dass der Gesetzgeber nur solche Informationen meinte, die auf Papier oder ähnlichen Gegenständen festgehalten sind (Art. 27h Abs. 2 Bst. c: die verlangten Informationen; Abs. 5: die Herausgabe der verlangten Informationen; Abs. 6: die Herausgabe von Informationen; Art. 27i Abs. 1: die FMA sichtet die beschafften Informationen und übermittelt die Informationen). Lediglich Art. 27h Abs. 1 ist offener formuliert, denn dort wird davon gesprochen, dass «die ersuchten Informationen bei derjenigen Person zu beschaffen [sind], welche über diese Informationen verfügt». Einen deutlichen Hinweis dafür, dass die Befragung von Personen nicht zulässig sein soll, enthalten die genannten Bestimmungen jedoch nicht.*

⁶¹ *Der Verweis in Art. 27h Abs. 6 FMAG auf die Bestimmungen von Art. 131 ff. LVG über den unmittelbaren Verwaltungszwang hilft auch nicht weiter, da die Bestimmungen von Art. 131 ff. LVG zwar nichts über unmittelbaren Verwaltungszwang gegen einzuvernehmende oder zu befragende Personen erwähnen, dies allerdings auch nicht ausschliessen, sondern die einzelnen «Gewaltmittel» lediglich beispielhaft aufzuführen (s. Überschrift vor Art. 133 LVG).*

⁶² *Aus den Materialien zum Gesetz LGBL. 2010 Nr. 464 ergibt sich auch nichts Deutliches. Immerhin führt die Regierung in ihrem Bericht und Antrag an den Landtag Nr. 92/2010 mehrfach aus (insbesondere S. 10, 13, 17 f., 23) und wiederholte dies der Regierungschef in der Landtagssitzung vom 24. September 2010 (Protokoll S. 1729), dass mit den neuen Bestimmungen über die internationale Amtshilfe der Standard gemäss Memorandums of Understanding (MMoU) von IOSCO und CESR übernommen und umgesetzt werden soll. Gemäss diesen Memoranden ist eine mündliche Befragung von Informationsinhabern möglich.*

⁶³ *Die Bestimmungen von Art. 27a ff. FMAG stehen jedoch nicht für sich allein im liechtensteinischen Recht, sondern sind Teil des Finanzmarktaufsichtsgesetzes. Dieses Gesetz regelt nicht nur die Errichtung und Organisation der FMA, sondern auch deren Aufgaben (Art. 1 Abs. 1 FMAG). Zu diesen Aufgaben gehört die Aufsicht über Banken und andere Finanzintermediäre im weitesten Sinne, ins-*

besondere auch im Bereich der Wertpapiere und des Wertpapiermarktes (Art. 5 Abs. 1 FMAG und dazu die Gesetze und Verordnungen zum Wertpapiermarkt, LR 954, insbesondere Offenlegungsgesetz, Wertpapierprospektgesetz, Marktmissbrauchsgesetz und Übernahmegesetz). Die der FMA zur Verfügung stehenden <Aufsichtsinstrumente> sind in Art. 25–27 FMAG geregelt. Danach kann die FMA <Auskünfte und Unterlagen> selbst erheben (Art. 26 Abs. 4 FMAG), dies selbst von Personen, die nicht beaufsichtigt sind, aber ohne erforderliche Bewilligung oder Registrierung eine beaufsichtigte Tätigkeit ausüben (Art. 26 Abs. 2 FMAG). Damit ist klargestellt, dass die FMA im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit nicht nur Unterlagen, sondern auch – mündliche – Auskünfte einholen kann. Dies muss auch bei der internationalen Amtshilfe gelten, denn die FMA übt dabei eine Hilfsfunktion im Rahmen des ausländischen (Wertpapier-)Aufsichtsverfahrens aus. Wenn die FMA schon im inländischen Aufsichtsverfahren mündliche Auskunft einholen kann, muss dies auch für ausländische Aufsichtsverfahren, zu deren Unterstützung die FMA im Rahmen der internationalen Amtshilfe verpflichtet ist, gelten.»

⁶⁴ *«Ob ausländische Organe (Personen) an einer hoheitlichen Tätigkeit, wie der Befragung von Informationsinhabern durch die FMA im Rahmen eines Aufsichtsverfahrens, teilnehmen dürfen, regelt das Finanzmarktaufsichtsgesetz nicht. Dies ist ein Hinweis darauf, dass eine solche Teilnahme – und sei es nur eine telefonische Teilnahme (eine solche ist gleich oder analog wie eine physische Anwesenheit und Teilnahme zu beurteilen) – nicht zulässig ist, zumal in anderen Gesetzen betreffend den Finanzmarkt Vorortkontrollen unter Anwesenheit ausländischer Organe ausdrücklich vorgesehen sind (Art. 17 Marktmissbrauchsgesetz; Art. 44 Offenlegungsgesetz). Auch das Rechtshilfegesetz lässt die Anwesenheit und Mitwirkung ausländischer Organe bei (Rechtshilfe-)Handlungen inländischer Organe nur Kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung zu (sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt sind; Art. 59 RHG).*

⁶⁵ *Wie bereits erwähnt, sind auf die Verfahren gemäss Finanzmarktaufsichtsgesetz und damit auch auf das Verfahren der internationalen Amtshilfe die Bestimmungen des LVG anwendbar (Art. 36 FMAG). Die im LVG enthaltene Bestimmung über die Verwaltungshilfe (Amtshilfe) lässt die relevante Frage ebenfalls offen, indem es auf die <hierauf bezüglichen Vorschriften> verweist und zudem erwähnt, dass die Gewährung der internationalen Verwaltungshilfe nicht nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts unzulässig sein darf (Art. 25 Abs. 3 LVG).*

⁶⁶ *Damit ist auf die generelle Bestimmung von Art. 2 Staatsschutzgesetz (vom 14. März 1949, LGBI. 1949 Nr. 8) zurückzugreifen: Danach ist es bei Strafe verboten, auf liechtensteinischem Gebiet ohne Bewilligung Handlungen für einen fremden Staat vorzunehmen, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen. Dies bedeutet umgekehrt, dass es einem ausländischen Organ gestattet ist, an einer inländischen Amtshandlung teilzunehmen, wenn eine entsprechende Bewilligung vorliegt.*

Wer diese Bewilligung erteilen kann, erwähnt weder das Staatsschutzgesetz noch das Finanzmarktaufsichtsgesetz noch sonst ein Gesetz.

Art. 2 Staatsschutzgesetz hat seine Rezeptionsgrundlage in Art. 271 schweizerisches Strafgesetzbuch. Gemäss schweizerischer Lehre und Rechtsprechung kann eine Bewilligung nur von eidgenössischen Behörden erteilt werden – sofern keine spezialgesetzlichen Zuständigkeiten vorgesehen sind –, wie etwa vom Eidgenössischen Departement für Inneres, nicht aber von der EMPA (vgl. Stefan Trechsel et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 271 N 4).

⁶⁷ *Angewandt auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die FMA eine solche Bewilligung nicht erteilen kann. Zuständig ist vielmehr die Regierung oder – wenn dies die Regierung entsprechend delegiert hat – ein Regierungsressort. Die Auslegung, dass nicht die FMA, sondern die Regierung zuständig ist, wird auch durch Art. 59 RHG indiziert: Wenn ein Spezialgesetz, wie das RHG, die Zulassung ausländischer Organe ausdrücklich vorsieht und die Bewilligungskompetenz der Regierung bzw. dem Ressort Justiz, nicht aber dem ansonsten für Rechtshilfesachen zuständigen Landgericht zuspricht, muss in anderen Verfahren, für die die Zulassung ausländischer Organe nicht ausdrücklich vorgesehen ist, die Zuständigkeit der Regierung umso mehr gelten, zumal der Regierung von verfassungswegen die Besorgung der gesamten Landesverwaltung obliegt (Art. 78 Abs. 1 LV) und selbstständige Anstalten, wie die FMA, nur soweit handeln können, als sie durch Gesetz zur Besorgung öffentlicher Aufgaben für zuständig erklärt wurden.*

⁶⁸ *Die Befragung von Vertretern der X und des Y durch die FMA ist somit zulässig. Die persönliche oder telefonische Teilnahme von Vertretern der SEC an diesen Befragungen ist ebenfalls zulässig, jedoch nur, wenn hierfür vorgängig eine Bewilligung der Regierung vorliegt.»*

STICHWORTVERZEICHNIS

Die Zahlen verweisen auf die Randziffern des Textes.

Amtshilfe, internationale	46 ff.	Versicherungen	
– Amtshilfeersuchen	59 ff.	– Lebensversicherung	13 ff.
– BaFin	54 f.	– Freizügigkeitsleistung	20 ff.
– CONSOB	57 f.	– Personalvorsorge, betriebliche	19 ff.
– FINMA	49 ff.	– Versicherungsvermittlung	
– SEC	56	→ vgl. Versicherungsvermittlung	
– Überprüfung ausländischer Ersuchen	59 ff.	Versicherungsvermittlung	
– Umfang der Amtshilfe	48 ff.	– Bewilligungsvoraussetzungen	16 ff.
– Vor-Ort-Prüfung	60 ff.	– Massnahmen	16 ff.
Bankenaufsicht	1 ff., 46 ff.	– Strafverfahren	16 f.
Finanzintermediäre, andere	28 ff., 42 ff.	Vor-Ort-Kontrolle	60 ff.
Gebühren	15	Vorsorgliche Massnahmen	12, 16, 40
Kosten		Wertpapiere	2 ff., 66 ff.
→ vgl. Gebühren			
Sachverhaltsfeststellung, Anordnung einer	10 ff.		
– Verfügung, prozessleitende	12		
Sorgfaltspflichten, Sorgfaltspflichtgesetz			
– Allgemeines	1 ff., 28 ff.		
– Geltungsbereich	37		
Treuhändertätigkeit	42 ff.		
– Berufshaftpflichtversicherung	44 f.		

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angegebenen Ort	f.	folgende
Abs.	Absatz	ff.	fortfolgende
AHV	Alters- und Hinterlassenen- versicherung	FINMA	Finanzmarktaufsicht (Schweiz)
Art.	Artikel	FIU	Financial Intelligence Unit
AZ	Aktenzeichen	FMA	Finanzmarktaufsicht Liechtenstein
BaFin	Deutsche Bundesanstalt für Finanz- dienstleistungsaufsicht	FMAG	Gesetz über die Finanzmarktaufsicht
BankG	Gesetz über die Banken und Finanz- gesellschaften	FMA-BK	Beschwerdekommision der Finanzmarktaufsicht
BPGV	Gesetz über die betriebliche Personal- vorsorge	FMA-GebV	FMA-Gebührenverordnung
BPVV	Verordnung zum Gesetz über die betriebliche Personalvorsorge	GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts	IOSCO	Internationale Organisation für Effektenhandels- und Börsen- aufsichtsbehörden
BGer	Schweizerisches Bundesgericht	i.S.	in Sachen
Bst.	Buchstabe	IUG	Gesetz über Investmentunternehmen
CESR	Ausschuss der Europäischen Wertpapierregulierungsbehörden	i.V.m.	in Verbindung mit
CHF	Schweizer Franken	LES	Liechtensteinische Entschei- dungs- sammlung
CONSOB	Commissione Nazionale per la Società e la Borsa (Italien)	LG	Fürstliches Landgericht
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation	LGBl.	Liechtensteinisches Landesgesetzblatt
EG	Europäische Gemeinschaft	lit.	litera (Buchstabe)
EMRK	Europäische Menschenrechts- konvention	LV	Landesverfassung
E.	Erwägung	LVG	Gesetz über die allgemeine Landes- verwaltungspflege
Erw.	Erwägungsgrund	MG	Marktmissbrauchsgesetz
EU	Europäische Union	OG	Fürstliches Obergericht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum	OGH	Fürstlicher Oberster Gerichtshof
		PGR	Personen- und Gesellschaftsrecht
		RHG	Rechtshilfegesetz
		Rz.	Randziffer

SEC	U.S. Securities Exchange Commission
SPG	Sorgfaltspflichtgesetz
SPV	Verordnung zum Sorgfaltspflicht- gesetz
StGH	Staatsgerichtshof
TrHG	Gesetz über die Treuhänder
VBI	Verwaltungsbeschwerdeinstanz
VersAG	Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen
VersAV	Versicherungsaufsichtsverordnung
VersVermG	Versicherungsvermittlungsgesetz
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VVG	Gesetz über die Vermögens- verwaltung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz (Deutschland)
Ziff.	Ziffer

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 2011 ist in deutscher
Sprache auf der FMA-Webseite erhältlich.
Es erscheint keine gedruckte Version.