

Informationen der FMA zu ihrer Aufsichtstätigkeit
mit Entscheidungen und Beschlüssen

FMA-PRAXIS 2017



FMA

Finanzmarktaufsicht
Liechtenstein

4 VORWORT

6 BANKEN

- 7 Auskunftspflicht betreffend mögliche aufsichtspflichtige Tätigkeit
- 8 Risikomanagement
- 10 Einsicht in Verfahrensakten der FMA

12 WERTPAPIERE UND MÄRKTE

- 13 Erlöschen der Bewilligung
- 13 Verwaltungsverfahren zur Feststellung des Sachverhalts

16 ANDERE FINANZINTERMEDIÄRE

- 17 Kosten einer ausserordentlichen Sorgfaltspflichtkontrolle
- 19 Verletzung von Sorgfaltspflichten
- 20 Eignungsprüfung für Treuhänder
- 22 Entzug der Bewilligung
- 23 Unerlaubte Treuhandtätigkeit

24 INTERNATIONALE AMTSHILFE

28 ANHANG

- 29 Stichwortverzeichnis
- 30 Abkürzungsverzeichnis

VORWORT

Vaduz, Juli 2018

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, welche die Aufsichtsperiode 2017 betreffen.

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



Prof. Dr. Roland Müller
Präsident des Aufsichtsrates



Mario Gassner
Vorsitzender der Geschäftsleitung

BANKEN

Auskunftspflicht betreffend mögliche aufsichtspflichtige Tätigkeit

¹ Eine im Handelsregister eingetragene liechtensteinische Anstalt führte auf ihrer Homepage Geschäftsbezeichnungen (wie «Asset Management» oder «Unternehmensberatung» und «Accounting»), die einen Hinweis auf eine bewilligungspflichtige Tätigkeit darstellten. Einer spezialgesetzlichen Bewilligung seitens der FMA bedürfen namentlich folgende Dienstleistungen:

- Gemäss Art. 3 Abs. 1 und 2 VVG ist die Erbringung und Vermittlung der Vermögensverwaltung, welche insbesondere die Portfolioverwaltung betrifft, bewilligten Vermögensverwaltungsgesellschaften vorbehalten.
- Gemäss Art. 2 Bst. d und e TrHG ist Steuerberatung sowie Buchführung und prüferische Durchsicht (Review), soweit dies nicht den Wirtschaftsprüfern und Revisionsgesellschaften vorbehalten ist, bewilligungspflichtig.
- Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b WPRG ist die geschäftsmässige Buch- und Abschlussprüfung sowie die Beratung in den Bereichen Finanz- und Rechnungswesen, Steuern, Finanzierung, Organisation und Informatik bewilligungspflichtig.
- Nach Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Bst. d i.V.m. Anhang 2 Abschnitt A Abs. 1 Ziff. 4 BankG ist die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen, insbesondere die Portfolioverwaltung, bewilligungspflichtig.

² Die FMA ersuchte mit Schreiben gestützt auf Art. 26 Abs. 1 und 2 FMAG i.V.m. Art. 41 Abs. 5 VVG, Art. 22 Abs. 3 TrHG, Art. 6a Abs. 3 WPRG bzw. Art. 35 Abs. 4 BankG um eine Stellungnahme mit einer Beschreibung der ausgeübten Tätigkeiten sowie

um allfällig verwendete Muster- und Standardverträge mit Kunden sowie um Übermittlung der Gewerbeberechtigung. Ebenso forderte die FMA die Anstalt dazu auf, auf ihrer Webseite sämtliche Hinweise umgehend zu entfernen, die der Bewilligungspflicht der FMA unterliegen. Die FMA wies in diesem Zusammenhang explizit auf die Strafbestimmungen gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 Bst. b VVG, Art. 80 Abs. 1 TrHG, Art. 47 WPRG und Art. 63 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 Bst. b BankG hin.

³ Gegen das Schreiben der FMA erhob die Anstalt (verspätet) Beschwerde bei der FMA-BK. Wegen verspäteter Einreichung war die Beschwerde zurückzuweisen. Wie die FMA-BK ausführte, wäre sie selbst bei fristgerechter Erhebung zurückzuweisen gewesen. Denn es können nur beschwerdefähige Verfügungen und Entscheidungen der FMA bekämpft werden: Art. 35 Abs. 1 FMAG. Die FMA-BK erwoh explizit:

«Zwar kann in gewissen Fällen auch ein Schreiben als anfechtbare Verfügung (mit enderledigender Entscheidungseigenschaft) angesehen werden (siehe dazu instruktiv VGH in LES 2016, 105), doch ist dies hier nicht der Fall. Denn mit dem inkriminierten Schreiben der Finanzmarktaufsicht wurde in die Rechtssphäre der Beschwerdeführerin nicht eingegriffen, d.h. es wurden keine Rechte begründet oder Pflichten auferlegt. Die Finanzmarktaufsicht fordert die Beschwerdeführerin lediglich zur Übermittlung von Informationen auf. Dem kann die Beschwerdeführerin nachkommen oder nicht – kommt sie dem nicht nach, so muss sie damit rechnen, dass eine Verfügung eines entsprechenden Inhalts ergeht, die sie dann (möglicherweise zwar nicht abgesondert, aber zumindest im Zuge der Bekämpfung einer allfälligen Endentscheidung) anfechten kann. Selbiges gilt für die Aufforderung, Hinweise auf der Webseite zu entfernen. Was den Verweis auf Strafbestimmungen anlangt, so gibt die Finanzmarktaufsicht damit der Beschwerdeführerin ohne grossen Aufwand

(genau im Sinne der Intention des LVG [vgl. Art 55 Abs 2: «... auf möglichst übersichtliche und erschöpfende, rasche, einfache und wenig kostspielige Weise, ohne zuviel Schreibwerk ... die Befriedigung der Rechte und Interessen der Parteien im Rahmen des öffentlichen Rechts herbeigeführt ...»]) die Möglichkeit, den (nach Ansicht der Finanzmarktaufsicht) rechtskonformen Zustand (wieder-) herzustellen. Kommt die Beschwerdeführerin dem nach, ist die Sache damit (ohne weitere Umtriebe und Kosten) beendet. Kommt sie dem nicht nach, so erstattet die Finanzmarktaufsicht Strafanzeige an die Staatsanwaltschaft (wozu sie dann gemäss § 53 Abs 1 und 2 Z 2 StPO von Gesetzes wegen verpflichtet ist) und/oder eröffnet ein Verwaltungsstrafverfahren im eigenen Wirkungsbereich, und es überprüfen dann die (Verwaltungs-)Strafbehörden das Vorliegen der Straftatbestände, wozu der Beschwerdeführerin bzw. den handelnden Personen rechtliches Gehör gewährt würde und im Falle verurteilender bzw. bestrafender Erkenntnisse Rechtsmittelmöglichkeiten offenstünden. Das Schreiben [der FMA] ist jedenfalls nicht bekämpfbar.»

⁴ Schliesslich hielt die FMA-BK fest, wegen des gesetzeskonformen und sachlich begründeten Vorgehens der FMA bestehe zu einer Anzeigerstattung an die Staatsanwaltschaft «nicht der geringste Anlass», entgegen der Forderung der Beschwerdeführerin.

⁵ **Anmerkung der FMA:** Der klare Entscheid der FMA-BK dient in der laufenden Rechtsprechung zur Sicherstellung sowie Gewährleistung einer ordnungsgemässen Aufsichtserbringung, wobei vorliegend das verhältnismässige Handeln der FMA hervorgehoben wird.

Risikomanagement

⁶ Wie in früheren Jahren beschäftigten Risikomanagement und Eigenmittelanforderungen an Banken auch im Berichtszeitraum die FMA (vgl. FMA-Praxis 2015 Rz. 1 ff., 2016 Rz. 23 f.).

⁷ Mit Verwaltungsstrafbot büsste die FMA eine liechtensteinische Bank wegen Verletzung von Vorschriften über das Risikomanagement nach Art. 63a Abs. 2 Ziff. 10 i. V. m. Art. 7a BankG.

⁸ Gemäss FMA bergen Prozesse und Mechanismen, die in ihrer Gesamtkonzeption fehlerbehaftet sind oder nicht durchgängig eingehalten werden, ein hohes Potenzial für die Verwirklichung operationeller Risiken. Davon ist auch das Risiko betreffend die dauernde Erfüllung der Eigenmittelerfordernisse umfasst. Jedenfalls muss eine Bank Massnahmen vorsehen, die gewährleisten, dass die Eigenmittelvorschriften dauernd und vollumfänglich eingehalten werden.

⁹ Im vorliegenden Fall hatte die Bank auf die wegen einer Herabsetzung von Ratings- bzw. Bonitätseinstufungen notwendig gewordene Erhöhung des Eigenmittelerfordernisses nicht bzw. verspätet reagiert. Die Nichteinhaltung des Kapitalerhaltungspuffers nach Art. 4a Abs. 1 Bst. a BankG war von der Bank nicht im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Ratingänderung identifiziert worden. Entsprechend erfolgte auch eine inhaltlich fehlerhafte Berichterstattung an die FMA. Demzufolge war die Überwachung der Faktoren, welche unmittelbaren Einfluss auf die Eigenmittel hatten, bei der Bank nicht ausreichend implementiert, was zur Verhängung der Busse führte.

¹⁰ In grundsätzlicher Hinsicht führte die FMA aus:

«Das Risikomanagement beinhaltet sowohl die Identifikation, die Messung, die Aggregation, die Planung und Steuerung sowie die Überwachung der Risiken des gesamten Bankgeschäfts wie auch die Ergreifung von Massnahmen zu ihrer Vermeidung und deren Abwehr (Österreichische Nationalbank, Finanzmarktaufsicht, Kreditvergabeprozess und Kreditrisikomanagement, Leitfadensreihe zum Kreditrisiko, Wien 2004, S. 56).

Damit Risiken einer Bank gemessen und gesteuert werden können, müssen sie zunächst identifiziert werden. Danach folgt die Planung der Gesamtrisikoposition der Bank und, gemäss der Planung, die gezielte Limitierung der Risikopositionen sowie die Minderung und gegebenenfalls auch Erhöhung derselben unter Zuhilfenahme von Finanzinstrumenten oder entsprechenden Techniken (Risikosteuerung). Die Risikosteuerung ist ein Teilprozess im Risikomanagement, der sich an die Quantifizierung und Planung von Risiken anschliesst und dazu dient, die Risiken auf ein für die Bank adäquates Mass, gemäss den Vorgaben aus der Risikostrategie, zu reduzieren (ders, 75.).

Banken haben über solide wirksame und umfassende Strategien und insbesondere Verfahren zu verfügen, mit denen sie die Höhe, die Zusammensetzung und die Verteilung des internen Eigenkapitals, das sie zur quantitativen und qualitativen Absicherung ihrer aktuellen und etwaigen künftigen Risiken für angemessen halten, kontinuierlich bewerten und auf einem ausreichend hohen Stand halten können. Die internen Kontrollverfahren sind so auszugestalten, dass die Einhaltung der Vorschriften des BankG jederzeit überprüft werden können.

Der Verwaltungsrat genehmigt gemäss Art. 7a Abs. 4 BankG i. V. m. Art. 21c Abs. 1 BankV die Strategien und Grundsätze für die Übernahme, Steuerung, Über-

wachung und Minderung der Risiken, denen die Bank oder Wertpapierfirma ausgesetzt ist oder sein könnte, einschliesslich der Risiken aus dem makroökonomischen Umfeld (Risikopolitik). Er überprüft regelmässig die Risikopolitik.

Gemäss Art. 21o BankV haben Banken und Wertpapierfirmen zur Messung und Steuerung operationeller Risiken, einschliesslich des Modellrisikos und selten eintretender Ereignisse mit gravierenden Auswirkungen, Richtlinien zu erlassen. Darin ist unter anderem auch festzulegen, was als operationelles Risiko gilt. Die Banken und Wertpapierfirmen haben über Ausweich- und Notfallpläne zu verfügen, die sicherstellen, dass die Bank oder Wertpapierfirma ihre Tätigkeit ohne Unterbruch aufrechterhalten kann und sich die bei schwerwiegenden Betriebsstörungen auftretenden Verluste in Grenzen halten.

Im Einklang dazu sieht Anhang 4.3 der BankV, auf den im Art. 21c Abs. 3 BankV verwiesen wird, vor, dass die Geschäftsleitung die Verantwortung für die Umsetzung der vom Verwaltungsrat festgelegten Strategien und Geschäftsgrundsätze trägt und unter anderem für die Entwicklung geeigneter Prozesse für die Identifikation, Messung, Überwachung und Kontrolle der durch die Bank eingegangenen Risiken, die Aufrechterhaltung und Dokumentation einer Organisationsstruktur, welche Verantwortlichkeiten, Kompetenzen und Informationsflüsse eindeutig festhält, zuständig ist.

Gemäss Art. 31a BankV haben die Banken und Wertpapierfirmen unter anderem die folgenden allgemeinen organisatorischen Anforderungen dauernd einzuhalten, a) Schaffung und Umsetzung von Entscheidungsprozessen und einer Organisationsstruktur, bei der zugewiesene Funktionen und Aufgaben sowie die entsprechenden Berichtspflichten klar dokumentiert sind, b) Schaffung und Umsetzung von angemessenen internen Kontrollverfahren, welche die Einhaltung von Beschlüssen und

betrieblichen Verfahren auf allen Ebenen sicherstellen, e) Einführung und Sicherstellung einer auf allen massgeblichen Ebenen reibungslos funktionierenden Berichterstattung und Weitergabe von für die Erfüllung zugewiesener Aufgaben wesentlichen Informationen.»

¹¹ Die FMA hielt schliesslich fest, dass es nach Art. 63a Abs. 4 und 5 BankG zur Begründung der Verbandsverantwortlichkeit einer tatbestandsmässigen, rechtswidrigen und schuldhaften Verwirklichung einer Anlasstat bedarf. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person war vorliegend zu bejahen, da den zuständigen Verwaltungsrat ein implizites Organisationsverschulden traf.

Einsicht in Verfahrensakten der FMA

¹² Der spätere Beschwerdeführer war in einem Fall nach eigenem Bekunden Aktionär und Mitglied des Direktoriums einer ausländischen Bank und in ein ausländisches Strafverfahren verwickelt. Er ersuchte die FMA um Einsicht in einen bei ihr eröffneten Verfahrensakt, welcher aufsichtsrechtliche Ermittlungen der FMA gestützt auf Art. 4 und 26 Abs. 1 FMAG i. V. m. Art. 28 Abs. 1 Bst. c SPG betraf. Das Verfahren richtete sich ausschliesslich gegen die sorgfaltspflichtige Person nach Art. 3 SPG, welche Eigenschaft dem Antragsteller nicht zukam.

¹³ Die FMA wies den Antrag auf Einsicht mit Verfügung ab. Zur Begründung hielt sie fest, das Recht auf Akteneinsicht gestützt auf das LVG komme nur einer Verfahrenspartei zu. Als solche ist nach der Rechtsprechung der FMA-BK und gefestigter Praxis der FMA (vgl. Praxis 2015 Rz. 23 ff.) zu betrachten, wer

- an die Verwaltungsbehörde (Amtsperson) mit dem Begehren herantritt, dass diese einen hoheitlichen Verwaltungsakt im rechtlichen Interesse des Antragstellers vornehme oder unterlasse (Interessent), oder
- 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.

¹⁴ Keiner dieser Fälle traf auf den Antragsteller zu. Im Besonderen führte die FMA aus:

«Aufsichtsrechtliche Ermittlungen richten sich gegen einen Sorgfaltspflichtigen und nicht gegen allfällige von der ausserordentlichen Sorgfaltspflichtkontrolle betroffene Geschäftsbeziehungen bzw. wirtschaftlich berechnete Personen an solchen Geschäftsbeziehungen. Ein Akteneinsichtsrecht aller Geschäftsbeziehungen eines Sorgfaltspflichtigen oder aller von den aufsichtsrechtlichen Ermittlungen betroffenen Geschäftsbeziehungen bzw. deren wirtschaftlich berechnete Personen und anderen beteiligten Personen würde das schutzwürdige Interesse des betreffenden Sorgfaltspflichtigen übermässig berühren.»

¹⁵ Einer gegen die Verfügung der FMA gerichteten Beschwerde gab die FMA-BK keine Folge. Sie bekräftigte die von ihr formulierte und von der FMA «strikt beachtet[e]» Praxis. Auch einer etwaigen analogen Anwendung von § 219 ZPO (i. V. m. Art. 46 Abs. 1 LVG: Akteneinsicht bei Zustimmung der Parteien) erteilte die FMA-BK eine Absage. Dazu hielt sie fest (Erwäg. 5.2.2.):

«Im Sinne einer effektiven Wahrnehmung der vom Gesetzgeber der Finanzmarktaufsicht in der Finanz-

marktaufsichtsgesetzgebung insbesondere zum Schutze des Finanzplatzes und zur Missbrauchsbekämpfung (vgl. Art 4 FMAG) eingeräumten umfangreichen Kompetenzen, die es ermöglichen, praktisch uneingeschränkt Zugang zu sämtlichen relevanten und insbesondere auch dem Geheimbereich (Bank-, Treuhänder- und Versicherungsgeheimnis) unterfallenden Informationen zu erhalten (vgl. nur Art 26 Abs 1, 2 und 4 FMAG und Art 24 und 25 SPG), ist es ausgeschlossen, dass Dritte, aus welchen Gründen auch immer, in die entsprechenden Verfahrensakten der Finanzmarktaufsicht Einsicht nehmen können.»

¹⁶ Nicht abschliessend zu entscheiden hatte die FMA-BK über die Auffassung der FMA, wonach bei Aushändigung der verfahrensgegenständlichen Akten an die Strafverfolgungsbehörden nunmehr diese zuständig wären, über eine etwaige Akteneinsicht zu entscheiden. Dazu führte die FMA-BK aus (Erwäg. 5.4.4.):

«Richtig ist allerdings, dass der Beizug der Akten der Finanzmarktaufsicht durch die Strafverfolgungsbehörden und die allfällige Möglichkeit des Beschwerdeführers, dort Einsicht zu nehmen, nichts daran ändern, dass es sich weiterhin um Akten der Finanzmarktaufsicht handelt und sowohl diese (in Bezug auf bei ihr gestellte Anträge auf Akteneinsicht) als auch die Strafverfolgungsbehörden (in Bezug auf Einsichtsansträge in die Strafakten samt Beiakten) getrennt voneinander über die Gewährung von Akteneinsicht zu entscheiden haben und es somit in derartigen Konstellationen (Aktenbeizug durch das Gericht) durchaus verschiedene Grundlagen zur Gewährung von Akteneinsicht geben kann. Da dem Beschwerdeführer nach den obigen Darlegungen kein Recht auf Akteneinsicht zukommt, spielt es keine Rolle, ob er von den Strafverfolgungsbehörden bereits vollständige Akteneinsicht (und damit Einsicht auch in die Akten der Finanzmarktaufsicht) erhalten hat.»

WERTPAPIERE UND MÄRKTE

Erlöschen der Bewilligung

¹⁷ Die FMA entzog einer Vermögensverwaltungs-AG die erteilte Bewilligung zur Erbringung und Vermittlung von Dienstleistungen nach dem VVG. Die FMA gelangte zu dem Ergebnis, dass die Bewilligungsvoraussetzungen im Sinne von Art. 6 Abs. 1a VVG nicht mehr dauernd erfüllt wurden. Im Einzelnen rügte die FMA mangelnde Organisation und personelle Ausstattung der AG sowie Missachtung einer Aufforderung der FMA, die Geschäftsführung personell aufzustocken. Zusammen mit dem Bewilligungsentzug bestellte die FMA einen Sachwalter (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VVG).

¹⁸ Gegen die Verfügung der FMA erhob die betroffene AG Beschwerde bei der FMA-BK. Gleichzeitig erklärte die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde ausdrücklich einen Verzicht auf die ihr nach dem VVG erteilte Bewilligung. Die FMA-BK nahm von dem Verzicht gestützt auf Art. 99 Abs. 1 LVG Kenntnis und erklärte ihn als zulässige Neuerung. Damit war die Bewilligung durch Verzicht gemäss Art. 30 Abs. 1 Bst. c VVG erloschen, bevor der durch die FMA ausgesprochene Bewilligungsentzug rechtskräftig werden konnte. Damit entfiel auch der Rechtsgrund für die Sachwalterbestellung.

¹⁹ Die FMA-BK gab der Beschwerde zudem teilweise Folge und änderte die Verfügung im Sinne der vorstehenden Ausführungen ab. Gleichzeitig reduzierte sie die Gebühr für das Erlöschen der Bewilligung. Dazu die FMA-BK (Erwäg. 8.):

«Zwar wurde die Gebühr von der Finanzmarktaufsicht, wie in Anhang 1/B/3 zu Art 30 FMAG für Entzugsfälle vorgesehen, richtigerweise mit CHF 10'000 festgesetzt und sieht diese gesetzliche Bestimmung auch keine Härtefallklausel vor, doch reduziert sich die Gebühr

zufolge des Verzichts («Erlöschen») auf CHF 5'000 (Anhang 1/B/3a zu Art 30 FMAG), da es nur auf das Endergebnis des Verfahrens ankommt. Daran ändert auch nichts, dass die Beschwerdeführerin den Verzicht schon früher erklären hätte können und damit der Finanzmarktaufsicht weniger Aufwand verursacht hätte: Denn mangels einer entsprechenden Kostennorm (vgl. dazu Art 19 Abs 2 GGG oder § 306 Abs 4 zweiter Satz StPO) ist die Beschwerdekommision zu einer anderen Vorgangsweise nicht befugt. Dies steht auch im Einklang mit der (strengen) Rechtsprechung des VGH in Gebührensachen (LES 2012, 73; zuletzt Urteil vom 18.01.2016, VGH 2015/91).»

Verwaltungsverfahren zur Feststellung des Sachverhalts

²⁰ Nachfolgende Ausführungen beleuchten die Eröffnung eines Verfahrens nach Art. 26 FMAG und können als Vorlage für weitere solche Verfahrenseröffnungen dienen.

²¹ Die FMA erhielt in einem Fall Hinweise auf eine vermeintliche kriminelle Transaktion. Eine in Liechtenstein ansässige Gesellschaft sollte eine deutsche Gesellschaft übernehmen, wobei die Kauffinanzierung problematisch sei und zudem Geldwäscherei verdacht bestehe. Möglicher Anknüpfungspunkt war ein im Markt kursierendes Memorandum. Das Wertpapierprospektgesetz (WPPG) befreit Gesellschaften unter gewissen Voraussetzungen von der Erstellung und der Billigung eines Prospektes bei der FMA. Dazu gehört nach Art. 5 Abs. 1 Bst. 1 WPPG der Tatbestand einer Verschmelzung von Gesellschaften. Aufgrund der Unklarheiten im Memorandum und gestützt auf Art. 5 Abs. 1 FMAG i. V. m. Art. 29 Abs. 2 Bst. a sowie Abs. 3 WPPG hat die FMA sodann bei

der Gesellschaft Auskunft erbeten und einen Hinweis für Anleger auf der eigenen Webseite veröffentlicht. Zudem hat sie bei der BaFin in Deutschland und der AFM in den Niederlanden im Kontext von möglichen verbundenen Gesellschaften um Amtshilfe ersucht. Während der weiteren Untersuchungen kam neben dem Verdacht eines Verstosses gegen Vorschriften des WPPG auch der Verdacht auf Kapitalanlagebetrug durch ein Schneeballsystem auf.

Daraufhin hat die FMA gegen die in Liechtenstein ansässige Gesellschaft und deren Organe nach Art. 26 Abs. 1 FMAG i.V.m. Art. 29 WPPG ein Verwaltungsverfahren zur Feststellung des Sachverhalts eröffnet. Grundlage hierfür waren die Verdachtsmomente auf Verletzung von Vorschriften nach dem WPPG. Zudem könnten Umstände vorliegen, die den Ruf des Finanzplatzes Liechtenstein als gefährdet erscheinen lassen.

²² Durch die Verfahrenseröffnung war es der FMA nach Art. 26 Abs. 2 FMAG möglich, unter Fristsetzung Auskünfte von den betroffenen Personen der Gesellschaft zu verlangen, wie wenn es sich um beaufsichtigte Personen handelte.

²³ Darüber hinaus beauftragte die FMA eine unabhängige Revisionsgesellschaft zur Durchführung einer ausserordentlichen Vor-Ort-Kontrolle nach Art. 26 Abs. 4 FMAG i.V.m. Art. 29 Abs. 2 Bst. k WPPG in den Räumlichkeiten der Gesellschaft. Eine solche ausserordentliche Vor-Ort-Kontrolle bedarf keiner Vorankündigung gegenüber der Gesellschaft. Durchgeführt wurde die Vor-Ort-Kontrolle am Folgetag nach Ablauf der Frist zur Stellungnahme der betroffenen Personen, um die Antworten verifizieren zu können. Die ausserordentliche Vor-Ort-Kontrolle wurde von der FMA begleitet.

Der Prüfbericht der Revisionsgesellschaft zur Vor-Ort-Kontrolle bestärkte den Verdacht auf Kapitalanlagebetrug. Aufgrund dieses Umstandes erstattete die FMA Strafanzeige gegen die Organmitglieder wegen Verdachts auf betrügerische Handlungen im Sinne von §§ 146 bis 148 oder 153 StGB und Verdachts auf Nichtnachkommen der Buchführungs- und Rechnungslegungspflichten im Sinne von Art. 66 PGR. Wegen der Gefahr des Abzugs von Geldern aus der Gesellschaft wurde eine Vermögenssperre durch die Staatsanwaltschaft verhängt. Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.

ANDERE FINANZ- INTERMEDIÄRE

Kosten einer ausserordentlichen Sorgfaltspflichtkontrolle

²⁴ In einem Fall war bei der FMA eine nicht anonymisierte Meldung eingegangen, in der der Verdacht geäussert wurde, dass es unter Beteiligung der liechtensteinischen Z AG zu einem Scheintransfer der wirtschaftlichen Berechtigung in der Geschäftsbeziehung Y Inc. gekommen sei. Die Hintergründe der Transaktion beständen darin, die Gelder krimineller Herkunft zu verschleiern.

²⁵ Aufgrund dieser Informationen ordnete die FMA gestützt auf Art. 28 Abs. 1 Bst. c i. V. m. Art. 25 SPG und basierend auf einem Kostenvoranschlag einer Revisionsfirma die Durchführung einer ausserordentlichen Vor-Ort-Kontrolle bei der Z AG durch die Revisionsgesellschaft an. Der AG wurde mitgeteilt, das Ziel der Kontrolle bestehe in einer Prüfung der Einhaltung der Sorgfaltspflichtgesetzgebung, insbesondere der Dokumentation zur Feststellung und Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person nach Art. 7 SPG i. V. m. Art. 11 SPV in dieser Geschäftsbeziehung. Auf die Kostentragungspflicht nach Art. 25 Abs. 3 SPG für den Fall, dass im Verfahren eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen festgestellt werde, wurde ausdrücklich hingewiesen.

Die Revisionsgesellschaft führte die Kontrolle durch und legte einen Bericht vor. Aufgrund dieses Kontrollberichts erstattete die FMA Anzeige an die Staatsanwaltschaft. Die FMA machte geltend, die Z AG und deren Organe hätten Sorgfaltspflichtverletzungen begangen, weshalb der Verdacht bestehe, es lägen Vergehen nach Art. 30 Abs. 1 Bst. a, b und g (alt) SPG vor.

Nach Antragstellung der Staatsanwaltschaft führte das Landgericht Vorerhebungen gegen die Z AG und deren Verwaltungsrat durch. Diese wurden schliesslich diversionell eingestellt.

²⁶ Die FMA teilte der Z AG mit, es bestehe kein Anlass zur Ergreifung weiterer aufsichtsrechtlicher Massnahmen, so dass die geführte Untersuchung eingestellt werde. Mit Verfügung verpflichtete die FMA die AG zur Erstattung der Kosten für die Vor-Ort-Kontrolle und auferlegte ihr eine Entscheidungsgebühr in Höhe von CHF 1000.00. Die FMA stütze sich auf Art. 28 Abs. 1 Bst. c SPG (Grundlage zur Durchführung einer ausserordentlichen Kontrolle) sowie Art. 25 Abs. 3 SPG (Kostentragungspflicht).

²⁷ Gegen die Verfügung der FMA wurde bei der FMA-BK Beschwerde eingereicht. Dieser war kein Erfolg beschieden.

²⁸ Die FMA-BK führte in ihrer Entscheidung zunächst aus, Art. 25 Abs. 3 SPG entspreche Art. 26 Abs. 5 FMAG. Die beiden (revidierten) Bestimmungen legen nunmehr fest, dass Kosten einer Untersuchung (nur dann) der kontrollierten Person aufzuerlegen sind, falls durch die Untersuchung eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen festgestellt wird; in allen anderen Fällen trägt das Land die Kosten.

²⁹ Im Weiteren legt die FMA-BK die rechtsstaatlichen Leitlinien dar, die in solchen Verfahren zu beachten sind. Das gilt einmal für den Tatbestand einer Untersuchung. Dazu die FMA-BK (Erwäg. 12.3.):

«Was unter «Untersuchung» zu verstehen ist, ist dem Gesetz zwar nicht konkret zu entnehmen, doch kann dieser Begriff, wie schon die Finanzmarktaufsicht in der angefochtenen Verfügung richtig erkannt hat, nur weit verstanden werden. Denn die Ergebnisse einer ausser-

ordentlichen Kontrolle können zu verschiedenen Verfahren führen, etwa zu (gerichtlichen) Strafverfahren (Art 30 SPG), zu Verwaltungsstrafverfahren (Art 31 SPG) oder zu Administrativverfahren (zB zum befristeten Verbot der Aufnahme neuer Geschäftsbeziehungen iSv Art 28 Abs 1 lit d SPG). Wird in einem dieser Verfahren rechtskräftig eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen festgestellt, so sind Finanzmarktaufsicht und Betroffene an die entsprechende Entscheidung gebunden (Art 74 Abs 1 und 2 LVG) und steht die Kostenersatzpflicht des Betroffenen dem Grunde nach fest. Voraussetzung ist jedoch, dass die Feststellung in einem Verfahren erfolgte, in welchem der potentiell Kostenersatzpflichtige seine (umfassenden) Parteirechte wahrnehmen konnte.»

³⁰ Eigenständige Verfahren zur Prüfung der Kostentragung sind gemäss FMA-BK auch dort durchzuführen, wo es zu keinem Verwaltungs- oder Strafverfahren kommt (etwa bei Verfolgungsverjährung) oder wenn bei Einstellung eines Verfahrens die Frage der Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen noch nicht abschliessend geklärt ist. Gleiches muss nach Ansicht der FMA-BK auch gelten bei diversioneller Erledigung eines Strafverfahrens (IIIa. Hauptstück der StPO). Es gehe dabei um einen staatsanwaltschaftlichen Verfolgungsverzicht unter Wahrung der Unschuldsvermutung. Dadurch sei aber ein bestimmter rechtserzeugender Sachverhalt nicht bindend festgestellt, und eine rechtliche Beurteilung möglicher Verstösse gegen das Aufsichtsrecht sei noch nicht vorgenommen. Zusammenfassend hält die FMA-BK fest (Erwäg. 12.9.):

«Im Falle einer diversionellen Verfahrenserledigung hat die Finanzmarktaufsicht, wenn die Kosten nicht schon aufgrund einer blossen (informellen) Zahlungsaufforderung (Art 2 Abs 1 erster Fall FMA-AGV) beglichen werden, zur Entscheidung über die Kostentragung nach Art 25 Abs 3 SPG ein eigenes, mit einer bekämpfbaren

Verfügung abzuschliessendes Administrativverfahren durchzuführen, in welchem über das Vorliegen eines Verstosses gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen zu befinden ist.»

³¹ In einem eigenständigen Administrativverfahren sind aufgrund von Beweisaufnahmen und eigener Beweiswürdigung der massgebliche Sachverhalt festzustellen und eine rechtliche Beurteilung vorzunehmen. Dabei darf nicht lediglich auf die diversionelle Erledigung abgestellt werden. (Im vorliegenden Fall wurde diesen Erfordernissen Genüge getan.) Die Beweisergebnisse des Strafverfahrens, die Rechtstat-sache der diversionellen Erledigung und das dortige prozessuale Verhalten des Betroffenen sind aber bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.

³² Die FMA-BK stellt präjudiziell klar, dass die zur rechtlichen Einordnung diversioneller Erledigungen getätigten Ausführungen für das gesamte Aufsichtsregime zu gelten haben (Erwäg. 12.9.):

«Diese zur rechtlichen Einordnung diversioneller Erledigungen getätigten Ausführungen gelten im Übrigen nicht nur für Kostenentscheidungen nach Art 25 Abs 3 SPG, sondern für das gesamte finanzmarktrechtliche Aufsichtsregime ganz grundsätzlich, was deshalb angemerkt sei, weil die Beschwerdekommision mit der gegenständlichen Beschwerdeentscheidung erstmals Gelegenheit hatte, zu dieser Frage Stellung zu nehmen.»

³³ Zur Kostentragungspflicht nach Art. 25 Abs. 3 SPG hielt die FMA-BK abschliessend fest, dass bereits ein festgestellter Verstoss für die Auferlegung der gesamten Kosten der ausserordentlichen Kontrolle ausreicht. Dies ergibt sich zwingend aus dem Gesetz.

³⁴ **Anmerkung der FMA:** Mit diesem Beschluss der FMA-BK erfolgte erstmals Rechtsprechung zum revidierten Art. 25 Abs. 3 SPG in Bezug auf

die Kostenersatzpflicht für die Durchführung einer ausserordentlichen Kontrolle. Es besteht nun Klarheit darüber, was unter einer «Untersuchung» zu verstehen ist und in welchen Fällen der Sorgfaltspflichtige die Kosten tragen muss.

Verletzung von Sorgfaltspflichten

³⁵ Mit Verfügung büsste die FMA einen Sorgfaltspflichtigen wegen Widerhandlungen gegen das SPG und verpflichtete ihn zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes. Nach Auffassung der FMA hatte der Pflichtige Übertretungen nach Art. 31 Abs. 1 SPG begangen.

³⁶ Im Einzelnen hatte es der Sorgfaltspflichtige unterlassen, mit Bezug auf eine Gesellschaft das Geschäftsprofil nach Art. 8 SPG zu erstellen. Dazu die FMA:

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

Das Geschäftsprofil stellt die Basis für die laufende Überwachung der Geschäftsbeziehung dar und muss dementsprechend ausreichend Informationen enthalten. Das Geschäftsprofil hat mindestens die erforderlichen Angaben gemäss Art. 20 SPV zu enthalten und muss die individuellen Gegebenheiten berücksichtigen. Der Sorgfaltspflichtige muss aufgrund der vorliegenden Informationen in der Lage sein, Abweichungen bzw.

Auffälligkeiten gegenüber den bisherigen Erfahrungen mit dem Kunden und dessen Geschäftsbeziehung zu erkennen. Dabei spielt auch die konkrete Beschreibung der wirtschaftlichen Hintergründe im Profil eine zentrale Rolle. Zudem muss das Geschäftsprofil detailliert genug sein, dass ein fachkundiger Dritter beispielsweise anlässlich einer Sorgfaltspflichtkontrolle in der Lage ist, nach blosser Konsultation des Geschäftsprofils ebenfalls Auffälligkeiten im Zusammenhang mit Transaktionen etc. zu erkennen. Die Häufigkeit der Aktualisierung ist vom Risiko abhängig. In jedem Fall müssen jegliche für das Geschäftsprofil relevanten Änderungen erfasst werden (vgl. zum Ganzen FMA-RL 2013/1, S. 5, Stand 4. März 2013).

Sinn des Profils ist es jedoch nicht, sich gleichsam alle Eventualitäten offen zu halten, damit im Nachhinein praktisch jede Transaktion durch einen sehr allgemein gehaltenen Wortlaut gerechtfertigt werden kann, sondern das Profil hat derart detailliert zu sein, dass eine risikoadäquate Überwachung der Geschäftsbeziehung möglich ist, d.h. überprüft werden kann, ob die im Verlauf der Geschäftsbeziehung abgewickelten Transaktionen mit dem Geschäftsprofil übereinstimmen. Das Profil muss aus sich heraus und ohne Beizug weiterer Dokumente aussagekräftig sein (vgl. zum Ganzen FMA-BK 2015/7, ON 7, S. 26).»

³⁷ Im Weiteren warf die FMA dem Gebüssten vor, in Bezug auf mehrere Geschäftsbeziehungen die risikoadäquate Überwachung gemäss Art. 9 SPG unterlassen zu haben. Die FMA hielt dazu fest, eine Übertretung nach Art. 31 Abs. 1 Bst. f SPG begehe auch, wer eine im Rahmen der risikoadäquaten Überwachung (tatsächlich) vorgenommene einfache Abklärung (Art. 9 Abs. 3 SPG) nicht nach den in Art. 22 Abs. 1 SPV aufgestellten Erfordernissen tätigt.

³⁸ Schliesslich hatte es der Sorgfaltspflichtige unterlassen, die Sorgfaltspflichtakten hinsichtlich mehrerer

Bankkonten anzulegen und aufzubewahren. Hierdurch beging er eine Übertretung nach Art. 31 Abs. 1 Bst. I SPG. Dazu führte die FMA aus:

*«Eine Übertretung nach Art. 31 Abs. 1 Bst. I SPG be-
geht nicht nur, wer die Sorgfaltspflichtakten überhaupt
nicht nach Art. 20 SPG anlegt oder aufbewahrt, son-
dern auch, wer diese Akten nicht vollständig anlegt
oder aufbewahrt hat.»*

*Nach Art. 20 Abs. 1 SPG müssen die Sorgfaltspflich-
tigen die Einhaltung der Sorgfaltspflichten (Art. 5 bis
16) nach Massgabe des Gesetzes dokumentieren. Zu
diesem Zweck müssen sie Sorgfaltspflichtakten führen
und diese aufbewahren.*

*Nach Art. 27 Abs. 1 SPV müssen die Sorgfaltspflich-
akten insbesondere die zur Einhaltung des SPG und
der SPV erstellten und beigezogenen Unterlagen und
Belege enthalten. Sie müssen insbesondere Unterlagen,
aus welchen sich Transaktionen und gegebenenfalls Ver-
mögensstände ergeben, beinhalten (Bst. d).*

*Nach Art. 28 Abs. 1 Bst. b SPV müssen die Sorgfalt-
pflichtakten so erstellt und aufbewahrt werden, dass
sie fachkundigen Dritten ein zuverlässiges Urteil über
die Einhaltung der Bestimmungen des SPG und der
SPV ermöglichen.*

*Nach Art. 28 Abs. 5 SPV hat die Aufbewahrung der
Sorgfaltspflichtenakten an einem jederzeit zugänglichen
Ort im Inland zu erfolgen.»*

³⁹ An der Bestrafung änderte sich in grundsätzlicher
Hinsicht durch den Umstand nichts, dass die FMA
das eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren – unter
detaillierter Angabe der entsprechenden ursprünglich
zur Last gelegten Übertretungstatbestände – teilweise
eingestellt hatte.

Eignungsprüfung für Treuhänder

⁴⁰ Ein deutscher Staatsbürger, mit Wohnsitz in der
Schweiz, hatte die Zulassung zur Eignungsprüfung
gemäss Art. 30 TrHG beantragt. Er brachte vor (und
konnte das mit entsprechenden Unterlagen dokumen-
tieren), er sei in Deutschland zugelassener Steuer-
berater, verfüge über diverse Zusatzausbildungen
und habe seit mehreren Jahren Treuhändertätigkeiten
ausgeübt, u.a. als Angestellter einer in Liechten-
stein zugelassenen Treuhandgesellschaft. Die FMA
wies den Antrag gemäss Art. 30 Abs. 3 TrHG mit
Verfügung ab. Sie erhob eine Gebühr in Höhe von
CHF 1000.00.

⁴¹ Der Antragsteller machte geltend, nach der
Bekanntmachung des Deutschen Bundesfinanz-
ministeriums vom 23. Juli 2014 sei der liechtenstei-
nische Treuhänder in Ausbildung und nach den
Befugnissen ein mit dem deutschen Steuerberater
vergleichbarer Beruf, bei dem die Voraussetzungen für
die Berufsausübung den Anforderungen des Steuer-
beratungsgesetzes im Wesentlichen entsprächen. Der
Beruf des deutschen Steuerberaters sei aus deutscher
Sicht mit dem des liechtensteinischen Treuhänders
vergleichbar im Sinne des Art. 4 Abs. 2 der Richt-
linie 2005/36/EG. Der deutsche Steuerberater sei ein
in Deutschland reglementierter Beruf und befähige
ihn zur Ausübung aller Tätigkeiten gemäss Art. 2
TrHG. Er sei in Deutschland zur geschäftsmässigen
Ausübung aller in Art. 2 TrHG erwähnten Tätigkei-
ten befugt. Die Eignungsprüfung sei eine zulässige
Ausgleichsmassnahme im Sinne von Art. 14 Abs. 1
und 3 der Richtlinie 2005/36/EG.

⁴² Zur Begründung ihrer Verfügung führte die FMA,
in Anwendung von Art. 30 TrHG sowie Art. 3 und
Art. 22 TrHPV, Folgendes aus:

«Art. 22 Abs. 2 Bst. b TrHPV fordert vom Antragsteller den Nachweis über eine mit dem liechtensteinischen Treuhänder vergleichbare Berufsqualifikation, die den Antragsteller zur geschäftsmässigen Ausübung aller in Art. 2 TrHG genannten Tätigkeiten berechtigt.

Der liechtensteinische Gesetzgeber äusserte sich zu dieser Thematik eindeutig. Er erläuterte im Bericht und Antrag Nr. 10/2007, S. 24, wie folgt:

«Das geltende TrHG sieht in den Art. 35ff. die Niederlassung von Treuhändern aus dem EWR sowie die Ausübung des Treuhänderberufs im freien Dienstleistungsverkehr vor. In der Praxis sind diese Bestimmungen «totes» Recht geblieben, weil es im EWR-Ausland keinen Beruf gibt, der vollumfänglich mit dem liechtensteinischen Treuhänderberuf vergleichbar ist. Die berufliche Anerkennung im Sinne des Allgemeinen Systems der Diplomanerkennung findet aber nur statt, wenn der Beruf, den der Antragsteller im Aufnahmemitgliedstaat ausüben möchte, derselbe ist wie derjenige, für den er in seinem Herkunftsmitgliedstaat qualifiziert ist.»

⁴³ Die Vergleichbarkeit der Berufe im System der Richtlinie 2005/36/EG richtet sich nicht nach deren Bezeichnung, sondern nach deren Tätigkeit. Im konkreten Fall müssen die Tätigkeiten eines liechtensteinischen Treuhänders mit denen eines deutschen Steuerberaters vergleichbar sein. Um diesen Vergleich durchzuführen, sind die Berufe in ihre Kern- und Randaktivitäten zu unterteilen. Entsprechen die Kernaktivitäten des Treuhänders jenen des deutschen Steuerberaters, so kann von gleichen Berufen ausgegangen werden. Sollten sich die Berufsbilder allerdings in den Kernaktivitäten nicht decken, so handelt es sich nicht um den gleichen bzw. um einen vergleichbaren Beruf. In diesem Fall ist die Richtlinie 2005/36/EG nicht anwendbar (vgl. Bernhard Zaglmayer, *Anerkennung von Gesundheitsberufen in Europa*, Manz Verlag, Wien 2016).

Wie festgestellt, definiert das [deutsche Gesetz] die Kernaktivität des deutschen Steuerberaters in der Bearbeitung, Beratung und der Vertretung in Steuerangelegenheiten sowie in der Erfüllung von Buchführungspflichten.

⁴⁴ Art. 2 TrHG beschreibt die Kernaktivität des Treuhänders in der Gründung von Verbandspersonen, Gesellschaften und Treuhänderschaften für Dritte, im eigenen Namen und für fremde Rechnung sowie damit verbundene Interventionen bei Gerichten und Verwaltungsbehörden, der Übernahme von Verwaltungsmandaten nach Art. 180a des Personen- und Gesellschaftsrechts (PGR) sowie der Übernahme von Treuhänderschaften, der Finanz- und Wirtschaftsberatung, der Steuerberatung, sowie der Buchführung und prüferischen Durchsicht (Review), soweit dies nicht den Wirtschaftsprüfern und Revisionsgesellschaften vorbehalten ist.

Folglich unterscheiden sich die beiden Berufe in ihrer Kerntätigkeit dergestalt, dass der Treuhänderberuf wesentlich umfassendere Tätigkeiten beinhaltet, welche auch nur dieser Berufsgruppe vorbehalten ist. Die Steuerberatung stellt lediglich eine der Kerntätigkeiten des Treuhänders dar. Insofern ist die Einstufung des Deutschen Bundesfinanzministeriums vom 23. Juli 2014 (Beilage 11) des liechtensteinischen Treuhänders als vergleichbar in Ausbildung und nach den Befugnissen mit dem deutschen Steuerberater nachvollziehbar. Die Kerntätigkeiten des Treuhänders umfassen die Kerntätigkeit des deutschen Steuerberaters vollständig. Dem deutschen Steuerberater fehlen aber massgebliche Kerntätigkeiten: Die Gründung von Verbandspersonen, Gesellschaften und Treuhänderschaften für Dritte im eigenen Namen und für fremde Rechnung, die Übernahme von Verwaltungsmandaten nach Art. 180a (PGR), die Übernahme von Treuhänderschaften im sowie die Finanz- und Wirtschaftsberatung.»

⁴⁵ «Mit seinem Vorbringen, dass die Gründungen bei der Berufsqualifikation des deutschen Steuerberaters deshalb fehlten, weil diese Tätigkeiten in Deutschland keine Vorbehaltsaufgaben des Steuerberaters seien und dass in Deutschland jedermann diese Tätigkeit ausüben könne, zeigt der Antragsteller selbst auf, dass keine vergleichbare Berufsqualifikation vorliegt. Denn in Liechtenstein darf eben gerade nicht jedermann diese Gründungstätigkeit ausüben. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Vorbehaltstätigkeit der Treuhänder sicherstellen, dass nur besonders qualifizierte Personen Gründungen vornehmen dürfen. Dasselbe gilt für die Organtätigkeit nach Art. 180a PGR [...].»

⁴⁶ «Auch formell erfüllen die Nachweise aus der Schweiz die Voraussetzungen des Art. 22 Abs. 2 Bst. c TrHPV nicht. Es wird der Nachweis aus dem Herkunftsstaat des Antragstellers gefordert. Der Antragsteller erwarb die Berufsqualifikationen in Deutschland. Nachweise aus dem Herkunftsstaat Deutschland liegen nicht vor. Der Antragsteller ist deutscher Staatsbürger und wohnhaft in der Schweiz. Die vorgelegten Nachweise stammen aus der Schweiz. Im Rahmen des Anwendungsbereiches der Richtlinie 2005/36/EG würde die extensivste Auslegung einen Nachweis aus einem anderen EWR-Staat erlauben. Eine enge Auslegung würde den Nachweis aus Deutschland erfordern. Im Verhältnis zur Schweiz findet das Übereinkommen vom 4. Januar zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) (nachfolgend Vaduzer Konvention) Anwendung. Allerdings ist die Vaduzer Konvention nur auf Personen mit Schweizer Staatsbürgerschaft und Wohnsitz in der Schweiz beschränkt (Art. 4 BAG iVm. Art. 20 Abs. 2 des Übereinkommens vom 4. Januar zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation). Da der Antragsteller die Schweizer Staatsbürgerschaft nicht besitzt, findet die Vaduzer Konvention keine Anwendung und es ist daher nicht möglich, die Nachweise aus der Schweiz für die selbstständige Tätigkeit als Treuhänder anzuerkennen.»

Somit genügen die eingereichten Unterlagen den erforderlichen materiellen und formalen Kriterien des Art. 22 Abs. 2 Bst. c TrHPV nicht.

⁴⁷ «Da dem Antragsteller der Nachweis über die Ausübung eines mit dem liechtensteinischen Treuhänder vergleichbaren Berufes nicht gelungen ist, gelangt die Richtlinie 2005/36/EG auch aus diesem Grund nicht zur Anwendung.»

Entzug der Bewilligung

⁴⁸ Die FMA ist nach Art. 54 Abs. 1 TrHG für die Aufsicht über Treuhandgesellschaften zuständig. Ihr obliegen insbesondere die Überprüfung der Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen (Bst. b) und der Entzug von Bewilligungen (Bst. a). Art. 14 Abs. 1 Bst. a TrHG verlangt, dass in der Leitung der Gesellschaft eine Person tatsächlich tätig ist, welche die Voraussetzungen nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a bis f TrHG erfüllt.

⁴⁹ In einem Fall verstarb die tatsächlich leitende Person einer zur geschäftsmässigen Ausübung der in Art. 2 TrHG genannten Tätigkeiten (umfassende Treuhänderbewilligung) zugelassenen Treuhandgesellschaft. Die FMA forderte das Treuunternehmen auf, eine neue tatsächlich leitende Person nach Art. 14 Abs. 1 Bst. a TrHG namhaft zu machen und einen entsprechenden Antrag auf Genehmigung des Wechsels der tatsächlich leitenden Person bei der FMA einzureichen. Der Treuhandgesellschaft gelang es nicht, der Aufforderung der FMA nachzukommen.

⁵⁰ Daraufhin leitete die FMA das Verfahren zum Bewilligungsentzug ein. Bis zur Beendigung desselben beachtet die FMA folgende Verfahrensschritte:

1. Aufforderung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes innert Frist;
2. bei Fristablauf Eröffnung des Entzugsverfahrens;
3. Einholen der Stellungnahme der Treuhandkammer;
4. Entscheid mit anfechtbarer Verfügung.

Die FMA folgte diesem Verfahrensablauf. Da sie Art. 25 Abs. 2 TrHG dazu verpflichtet, unterbreitete die FMA den Fall der Treuhandkammer zur Anhörung. Diese äusserte sich dahingehend, dass sie keine Einwände gegen die Einleitung des Bewilligungs-entzugsverfahrens habe. In der Folge entzog die FMA die Bewilligung zur Ausübung der Tätigkeiten nach Art. 2 TrHG. Unter Beachtung von Art. 25 Abs. 3 TrHG wurde der Entzug im elektronischen Amtsblatt veröffentlicht.

⁵¹ In einem ähnlich gelagerten Fall wurde einer Treuhandgesellschaft, die in Liquidation gesetzt worden war, die Bewilligung entzogen. Die FMA ging nach dem oben skizzierten Verfahrensablauf vor. Da sowohl der Liquidator als auch die Zustelladresse der Treuhandgesellschaft in Liquidation aus dem Handelsregister gelöscht worden waren, konnte die FMA an die Gesellschaft gerichtete Schreiben und Verfügungen nicht mehr zustellen. Die FMA ordnete daher eine Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung an. Dazu führte sie aus:

«Nach Art. 28 Abs. 1 ZustG kann ein behördliches Dokument durch Veröffentlichung im Amtsblatt zugestellt werden, wenn die Abgabestelle einer Person unbekannt ist, kein Zustellungsbevollmächtigter bestellt ist und nicht nach Art. 8 vorzugehen ist. Bei der Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung handelt es sich grundsätzlich um die ultima ratio, die erst dann verfügt werden darf, wenn dies gesetzlich vorgesehen oder keine andere Form der Zustellung möglich ist (vgl. BuA Nr. 45/2008, S. 95).»

Unerlaubte Treuhandtätigkeit

⁵² Sogenannte ruhende Treuhänderbewilligungen, welche zur Ausübung von Tätigkeiten nach Art. 2 Bst. b TrHG berechtigt hatten (Übernahme von Verwaltungsmandaten nach Art. 180a des PGR sowie Übernahme von Treuhänderschaften), sind von Gesetzes wegen per 1. Januar 2017 erloschen, sofern sie nicht aktiviert worden sind. Im Vorfeld des Erlöschens wurden die Marktteilnehmer durch allgemeine Veröffentlichungen der FMA rechtzeitig auf den Tatbestand aufmerksam gemacht.

⁵³ In einem Fall ergab sich der Verdacht, dass eine Person nach Erlöschen der ruhenden Bewilligung in mehreren Fällen und ohne Vorliegen einer (neuen) Bewilligung geschäftsmässig Verwaltungsmandate nach Art. 180a PGR übernahm. Dies stellte ein Vergehen gemäss Art. 80 TrHG dar. Entsprechend reichte die FMA Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft ein.

INTERNATIONALE AMTSHILFE

⁵⁴ Wie in den Vorjahren hatte sich die FMA im Berichtsjahr mit einer grösseren Zahl von Amtshilfeersuchen ausländischer Aufsichtsbehörden zu befassen. Regelmässig hat in solchen Verfahren der Vorsitzende des VGH über Anträge der FMA zu entscheiden, den Vollzug der Amtshilfe zu genehmigen; dies (nunmehr) gestützt auf Art. 27a bis 27s FMAG (LGBl. 2004 Nr. 175 in der Fassung von LGBl. 2015 Nr. 337). Der zuständige Richter des VGH nimmt eine umfassende Prüfung vor (Art. 27i Abs. 2 FMAG).

⁵⁵ Liechtenstein leistet einer zuständigen ausländischen Behörde Amtshilfe, soweit dies zur Durchsetzung der Wertpapieraufsicht erforderlich ist, insbesondere in Bezug auf die Einhaltung der Vorschriften betreffend Marktmanipulation (Art. 27a Abs. 1 Bst. a FMAG).

⁵⁶ In einem Fall hatte die British Columbia Securities Commission (BCSC) als zuständige Behörde des kanadischen Bundesstaates British Columbia (Art. 27b FMAG) eine Untersuchung betreffend Marktmanipulation beim Handel von Aktien der Gesellschaft X geführt; diese Aktien waren an einem öffentlichen Markt gelistet. BCSC zeigte auf, dass verschiedene natürliche Personen im Verdacht der Manipulation von X-Aktien durch ein sogenanntes pump-and-dump-Schema standen. Involviert war auch eine Y Ltd., die ein Konto bei einer liechtensteinischen Bank führte. Für die BCSC war es entscheidend zu erfahren, wer für die Y Ltd. zu handeln berechtigt war, wer effektiv handelte und wer als wirtschaftlich Berechtigter hinter dieser Gesellschaft stand. BCSC benötigte weitere Informationen, namentlich über Aufträge an die Bank sowie einzelne Transaktionen.

⁵⁷ Über Aufforderung der FMA übermittelte die Bank in Liechtenstein der FMA die angefragten Informationen und Unterlagen. In der Folge stellte die FMA beim VGH den Antrag, der VGH wolle

gemäss Art. 27i FMAG den Vollzug der Amtshilfe genehmigen, dies unter Berücksichtigung der in einer Sichtungsnotiz der FMA angeführten Aussonderungen und Schwärzungen.

Der Vorsitzende des VGH hat dem Antrag der FMA stattgegeben und den Vollzug der Amtshilfe im beantragten Umfang genehmigt. Er erachtete das Ersuchen der BCSC als ausgewiesen und stellte auch keine Ablehnungsgründe (Art. 27f FMAG) fest.

⁵⁸ In einem anderen Fall hatte die Financial Conduct Authority (FCA), London (früher Financial Services Authority FSA) um Auskünfte über Konten bei einer Liechtensteiner Bank ersucht. Dabei handelte es sich um die Erweiterung (in zeitlicher Hinsicht) eines bereits früher bewilligten Amtshilfeverfahrens. Der Vorsitzende des VGH gab dem neuerlichen Antrag der FMA, dem Vollzug der Amtshilfe zu genehmigen, statt. Zum Verhältnis von behördlichen Aufsichtsverfahren und möglichen Rechtsmittelverfahren führte der Vorsitzende des VGH aus (Erwäg. 4.):

«Die ersuchende Behörde ersuchte in ihrem Schreiben vom 10. April 2017 die FMA um Zustimmung dafür, dass die FCA die übermittelten Unterlagen für ihre aufsichtsrechtlichen Verfahren (regulatory proceedings) in Bezug auf [X] und [Y] verwenden darf. Die FCA führt auch aus, dass sie in ihrem Verfahren im Mai 2015 sogenannte Decision Notices in Bezug auf [X] und [Y] publiziert habe; [X] und [Y] hätten die Decision Notices an das Upper Tribunal gezogen (referred) und diese Verfahren liefen noch. Daraus ist ersichtlich, dass es sich bei den Verfahren bei dem Upper Tribunal um dasselbe aufsichtsrechtliche Verfahren handelt, welches die FCA führt, denn auch ein Rechtsmittelverfahren oder ein Verfahren, in welchem eine andere Institution als die Finanzmarktaufsichtsbehörde, hier das Upper Tribunal, ein Verfahren über einen Rechtsbehelf führt, gehört zum aufsichtsrechtlichen Verfahren der Finanz-

marktaufsichtsbehörde (hier der FCA). Deshalb dürfen Informationen und Unterlagen, die die FMA einer ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde, hier der FCA, übermittelt, selbstverständlich auch in einem Rechtsmittel- oder Rechtsbehelfsverfahren verwendet werden. Es ist also nichts dagegen einzuwenden, wenn die FMA der FCA ausdrücklich mitteilt, die FCA dürfe die übermittelten Unterlagen für Zwecke ihres aufsichtsrechtlichen Verfahrens in Bezug auf [X] und [Y] gegenüber dem Upper Tribunal oder anderen im Rechtsmittel- oder Rechtsbehelfsverfahren zuständigen Institutionen offenlegen.»

⁵⁹ In einem Fall hatte die französische Autorité des Marchés Financiers (AMF) seinerzeit auf ein Ersuchen Amtshilfe durch die FMA erhalten. Mit einem weiteren Schreiben ersuchte die AMF die FMA um Zustimmung zur Weiterleitung jener Informationen, die die FMA der AMF übermittelt hatte, an die französische Staatsanwaltschaft.

Die AMF führte aus, sie habe im Rahmen ihrer Untersuchung – in welche auch die von der FMA an die AMF übermittelten Informationen der Bank X AG, Vaduz, einfließen – festgestellt, dass einige Transaktionen in Aktien der französischen Gesellschaft Y französisches Strafrecht verletzen. Deshalb sei die AMF aufgrund französischen Rechts verpflichtet, die französische Staatsanwaltschaft (Public Prosecutor) unverzüglich zu informieren und die dazugehörigen Informationen und Urkunden vorzulegen. Über Anfrage der FMA bestätigte die AMF, dass die Weiterleitung von Informationen an die französische Staatsanwaltschaft ausschliesslich zum Zweck der Untersuchung des Insiderhandels (Insider Trading) erfolge.

Die FMA prüfte das Ersuchen der AMF und beantragte beim VGH die Genehmigung des Vollzugs der Amtshilfe, d.h. der AMF die Erlaubnis zu erteilen,

die erhaltenen Informationen und Unterlagen an die französische Staatsanwaltschaft zu übermitteln.

⁶⁰ Der Vorsitzende des VGH wies den Antrag der FMA zurück. Zur Begründung führte er aus, dass nur das ursprüngliche Amtshilfeersuchen richterlich zu prüfen sei, nicht aber die Frage, ob die Weiterleitung von Informationen durch die ersuchende ausländische Behörde bewilligt werden soll. Letztere Entscheidung habe die FMA zu fällen. Der Gesetzgeber habe lediglich die vorgängige schriftliche Zustimmung durch die FMA (Art. 27e Abs. 1 FMAG), nicht jedoch auch eine richterliche Genehmigung vorgesehen. Die (neue) Rechtsprechung des VGH bedeutet eine Abweichung von der früher durch FMA und VGH gehandhabten Praxis.

Zusammenfassend hielt der VGH fest, *«dass die Zustimmung zur Weiterleitung von Informationen durch die ersuchende ausländische Behörde nur erteilt werden kann, wenn diese Weiterleitung wertpapieraufsichtsrelevanten Zwecken dient (Art. 27e Abs. 1 FMAG). Das damit statuierte Spezialitätsprinzip bedeutet, dass die von der FMA der ausländischen Behörde übermittelten Informationen nur für jenen wertpapieraufsichtsrelevanten Zweck verwendet werden dürfen, den die ersuchende ausländische Behörde in ihrem Amtshilfeersuchen nannte. Vor Übermittlung der (liechtensteinischen) Informationen an die ausländische Behörde muss die richterliche Genehmigung des Vollzugs der Amtshilfe vorliegen (Art. 27i FMAG). Wenn diese richterliche Genehmigung vorliegt, werden die Informationen der ausländischen Behörde übermittelt (Art. 27k FMAG) und die ausländische Behörde darf diese Informationen zu jenem Zwecke, den sie in ihrem Ersuchen genannt hatte, verwenden. Für diese Verwendung bedarf sie keiner weiteren Zustimmung der FMA oder des Richters des Verwaltungsgerichtshofes. Hiervon statuiert jedoch Art. 27e FMAG eine Ausnahme: Wenn die ausländische Behörde die liechtensteinischen Informationen –*

entsprechend dem Spezialitätsprinzip im Rahmen der im Ersuchen genannten wertpapieraufsichtsrelevanten Zwecke – weiterleiten will oder muss, bedarf sie der schriftlichen Zustimmung durch die FMA. Eine solche Weiterleitung ist insbesondere dann notwendig, wenn die ausländische Behörde aufgrund der liechtensteinischen Informationen erkennt, dass sie bei anderen in- oder ausländischen Behörden oder Behörden in Drittstaaten weitere Informationen einholen muss, um den von ihr in Untersuchung genommenen Verdachtsfall weiter zu untersuchen. Eine Weiterleitung ist auch dann notwendig, wenn die ausländische Behörde zum Schluss kommt, dass ein Strafdelikt verwirklicht wurde und deshalb die strafprozessualen Behörden (insbesondere Staatsanwaltschaft) und Gerichte (Strafgerichte) zur weiteren Bearbeitung des Verdachtfalles zuständig sind.»

⁶¹ **Anmerkung der FMA:** Diese neue Rechtsprechung wird von der FMA begrüsst. Sie entspricht den internationalen Gepflogenheiten und Erwartungen im raschen Austausch von Informationen an andere Aufsichtsbehörden.

ANHANG

Stichwortverzeichnis

Die Zahlen verweisen auf die Randziffern des Textes.

Amtshilfe, international	54 ff.	Sorgfaltspflichten, Verletzung	24 ff., 35 ff.
Andere Finanzintermediäre		Treuhänder	
- Entzug der Bewilligung	48 ff.	- Eignungsprüfung	40 ff.
- Kosten Sorgfaltspflichtkontrolle	24 ff.	- Entzug der Bewilligung	48 ff.
- Sorgfaltspflichten	24 ff., 35 ff.	- Unerlaubte Tätigkeit	52 f.
- Treuhänder	40 ff.	Verfahrensakten	12 ff.
Banken		Wertpapiere und Märkte	
- Akteneinsicht	12 ff.	- Erlöschen der Bewilligung	17 ff.
- Auskunftspflichten	1 ff.	- Feststellung des Sachverhalts	20 ff.
- Bewilligungspflichten	1		
- Eigenmittelanforderungen	9 ff.		
- Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit	11		
- Meldepflichten	1 ff.		
- Risikomanagement	6 ff.		
- Verantwortlichkeit	11		

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz	FMAG	Gesetz über die Finanzmarkt- aufsicht
AG	Aktiengesellschaft		
Art.	Artikel	FMA-AGV	FMA-Abgaben- und Gebühren- verordnung
AZ	Aktenzeichen		
BankG	Gesetz über die Banken und Wertpapierfirmen	FMA-BK	FMA-Beschwerdekommision
BankV	Verordnung über die Banken und Wertpapierfirmen	GGG	Gerichtsgebührengesetz
Bst.	Buchstabe	i. d. F.	in der Fassung
BuA	Bericht und Antrag	Inc./Inc	Incorporated
bzw.	beziehungsweise	i. V. m./iVm	in Verbindung mit
CHF	Schweizer Franken	LES	Liechtensteinische Entscheidungssammlung
CRD IV	Capital Requirements Directive (Eigenkapitalrichtlinie)	LG	Fürstliches Landgericht
CRR	Capital Requirements Regulation (Kapitaladäquanzverordnung)	LGBI.	Liechtensteinisches Landes- gesetzblatt
d. h.	das heisst	lit.	litera (Buchstabe)
EFTA	Europäische Freihandels- assoziatiön	Ltd./Ltd	Limited
EFTA-GH	EFTA-Gerichtshof	LVG	Gesetz über die allgemeine Landesverwaltungspflege
Erw./Erwäg.	Erwägungsgrund	Nr.	Nummer
EU	Europäische Union	OG	Fürstliches Obergericht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum	PGR	Personen- und Gesellschaftsrecht
EWRA	EWRA-Agreement (EWR-Vertrag)	Randnr.	Randnummer
f(f).	(fort)folgende	RL	Richtlinie
FMA	Finanzmarktaufsicht Liechtenstein	Rz.	Randziffer
		S.	Seite
		SEC	U.S. Securities and Exchange Commission

sog.	sogenannt
SPG	Sorgfaltspflichtgesetz
SPV	Verordnung zum Sorgfaltspflichtgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StGH	Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein
StPO	Strafprozessordnung
TrHG	Gesetz über die Treuhänder
TrHPV	Treuhänderprüfungsverordnung
u.a.	unter anderem(n)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VVG	Gesetz über die Vermögensverwaltung
WPPG	Wertpapierprospektgesetz
WPRG	Gesetz über die Wirtschaftsprüfer und Revisionsgesellschaften
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung
ZustG	Zustellungsgesetz

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

Telefon +423 2367373
Fax +423 2367374

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

Konzept und Gestaltung
Leone Ming Est., Intensive Brand, Schaan

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

Ausgabedatum: 3. Juli 2018