



FÜRSTENTUM LIECHTENSTEIN

Registered at the EFTA Court under N° E-10/23-1
.....12..... day of ...AUG..... 2023

BESCHWERDEKOMMISSION DER FINANZMARKTAUFSICHT

FMA-BK 2023/2

ON 12

Beschluss

Die Beschwerdekommision der Finanzmarktaufsicht hat durch die

Kommissionsmitglieder:

Dr. Wilhelm Ungerank LL.M., Präsident
Reinhold Zanghellini, Vizepräsident
Martina Haas, Mitglied

in der Beschwerdesache

Beschwerdeführer:

Herr X (Name anonymisiert)
vertreten durch RA Dr. Karl Mumelter und
Kollegen, Landstrasse 60, 9490 Vaduz,
Fürstentum Liechtenstein

gegen die:

Verfügung der Finanzmarktaufsicht vom
05.06.2023, AZ 1722/22/22

wegen:

Akteneinsicht, Auskunft und Information

in der nicht öffentlichen Sitzung vom 17.08.2023 entschieden:



Das Beschwerdeverfahren wird unterbrochen und der EFTA-Gerichtshof in Luxemburg gemäss Art 34 ÜGA um Gutachtenserstattung wie folgt ersucht:

I.

1. Ist der EFTA-Gerichtshof dazu zuständig, das Abkommen zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofes vom 02.05.1992 (ÜGA) auszulegen?

2. Falls die Frage 1 mit ja beantwortet wird:

Ist Art 34 ÜGA dahin auszulegen, dass ein Ersuchen an den EFTA-Gerichtshof um Gutachtenserstattung auch dann zulässig ist, wenn zwar das ersuchende Gericht die Frage zur Auslegung des EWR-Abkommens zum Erlass seiner Entscheidung für erforderlich hält, diese Rechtsfrage jedoch im selben Verfahren in einem früheren Rechtsgang von einem höherrangigen Gericht nach nationalem Prozessrecht bereits mit bindender Wirkung beantwortet wurde?

3. Für den Fall der Bejahung auch von Frage 2:

Unterliegen Informationen, die den formellen, aber auch informellen Informationsaustausch der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten im Sinne von Art 4 Abs 1 der Richtlinie 2013/36/EU untereinander betreffen, der Geheimhaltungspflicht im Sinne von Art 53 dieser Richtlinie?



4. Falls auch Frage 3 mit ja beantwortet wird:

Ist die Zusammenarbeit der zuständigen Behörden im Sinne von Art 24 der erwähnten Richtlinie als Informationsaustausch, der gemäss Art 53 dieser Richtlinie der Geheimhaltungspflicht unterliegt, anzusehen?

5. Falls schliesslich auch Frage 4 mit ja beantwortet wird:

Darf die Geheimhaltungspflicht im Sinne von Art 53 Abs 1 UAbs 1 der erwähnten Richtlinie nur in den in Art 53 Abs 1 aufgezählten Fällen (UAbs 2: Fälle, die unter das Strafrecht fallen; UAbs 3: Weitergabe in zivil- oder handelsrechtlichen Verfahren, wenn das Insolvenzverfahren gegen ein Kreditinstitut eröffnet oder seine Zwangsabwicklung eingeleitet wurde) durchbrochen werden? Falls diese Frage verneint wird: Ist eine Durchbrechung auch aufgrund nationalen Rechts zulässig, etwa aufgrund eines Gesetzes, das jeder Person, die ein berechtigtes Interesse geltend macht, Einsicht in amtliche Unterlagen gewährt, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen?

II. Falls eine der zu I./1.–4. gestellten Fragen mit nein beantwortet oder die zu I./5. gestellte Hauptfrage verneint, die Zusatzfrage jedoch bejaht wird:

Stellt die Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden im Sinne von Art 4 der erwähnten Richtlinie und damit der zwischen diesen Behörden stattfindende Informationsaustausch und die Möglichkeit, diesen zum Teil oder zur Gänze geheimzuhalten, im Sinne von Art 3 des EWR-Abkommens vom 02.05.1992 eine geeignete Massnahme



besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus diesem Abkommen ergeben, dar, dies insbesondere, um das wirksame Funktionieren des Systems zur Überwachung der Tätigkeit von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und auch das normale Funktionieren der Finanzmärkte sicherzustellen?

Begründung:

1. Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer war Mehrheitsaktionär und Präsident des Verwaltungsrats (Organ) einer Bank mit Sitz in Liechtenstein, der von der Finanzmarktaufsicht Liechtenstein (FMA) eine Bewilligung im Sinne des liechtensteinischen Bankengesetzes (BankG; LR [Sammlung des Liechtensteinischen Rechts] 952.0; wie alle liechtensteinischen Rechtsvorschriften abrufbar unter www.gesetze.li) erteilt worden war.

Er beabsichtigte im Jahre 2022, eine qualifizierte Beteiligung (mehr als 10 %) an einer Bank mit Sitz im Grossherzogtum Luxemburg zu erwerben.

Zwischen der FMA und der zuständigen luxemburgischen Behörde CSSF (Commission de Surveillance du Secteur Financier) fand in Bezug auf den beabsichtigten Erwerb ein Informationsaustausch statt.

Der Beschwerdeführer bringt vor, dass ihm seinen luxemburgischen Anwälten Folgendes mitgeteilt haben:



„Liebe Alle, wir wollten Ihnen über das vorläufige Gespräch mit der CSSF berichten, das wir gerade geführt haben. Die CSSF hat sich leider eindeutig negativ zu der geplanten Transaktion geäußert. Wir haben folgende Punkte zur Kenntnis genommen:

- Die CSSF steht der beabsichtigten qualifizierten Beteiligung [des Beschwerdeführers] an der [Bank] negativ gegenüber.
- Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens der EZB wird die CSSF offiziell eine negative Stellungnahme abgeben. Es ist sehr wahrscheinlich, dass die EZB dieser Empfehlung folgen und den Erwerb einer qualifizierten Beteiligung durch [den Beschwerdeführer] ablehnen wird.
- Die negative Einschätzung der CSSF basiert insbesondere auf ihrem informellen Austausch mit der liechtensteinischen Finanzmarktaufsicht FMA. Die CSSF verwies auf die von der FMA gegen [den Beschwerdeführer] erlassene Verwaltungsanordnung, die ein Verbot der Ausübung der Tätigkeit als Mitglied des Verwaltungsaufsichtsorgans der [Bank mit Sitz in Liechtenstein] vorsieht. [...]
- Die CSSF erklärte weiter, dass [der Beschwerdeführer] sich dafür entscheiden könne, die Transaktion fortzusetzen. Sollte [der Beschwerdeführer] mit dem Ergebnis der EZB-Entscheidung nicht zufrieden sein, ist es theoretisch möglich, eine interne Verwaltungsbeschwerde bei der EZB einzulegen. Nach Ausschöpfung des internen EZB-Verfahrens ist es möglich, die endgültige Entscheidung vor dem Gerichtshof der Europäischen Union anzufechten. [...]"

Die negative Auskunft der FMA gegenüber der CSSF habe die Vertragspartner des Beschwerdeführers bewogen, vom geplanten Verkauf der Anteile an der luxemburgischen Bank an den



Beschwerdeführer Abstand zu nehmen, so der Beschwerdeführer weiter.

Mit Schreiben vom 29.07.2022 stellte der Beschwerdeführer folgende Anträge an die FMA:

I. Die FMA wolle dem Antragsteller vollinhaltliche Akteneinsicht in jenen Akt (oder jene Akten) der FMA gewähren, zu dem die FMA gegenüber der CSSF (Commission de Surveillance du Secteur Financier) Luxembourg Informationen und Auskünfte über die beabsichtigte Beteiligung des Antragstellers bei der [Bank] mit Sitz in Luxembourg erteilte, und dem Antragsteller ein vollinhaltliche Kopie dieser Akte (dieser Akten) zur Verfügung stellen.

II. Die FMA wolle dem Antragsteller die Auskunft erteilen, welche Organe (Mitarbeiter) der FMA konkret gegenüber der CSSF (Commission de Surveillance du Secteur Financier) Luxembourg Informationen und Auskünfte über die beabsichtigte Beteiligung des Antragstellers bei der [Bank] mit Sitz in Luxembourg erteilten.

III. Die FMA wolle dem Antragsteller die Auskunft erteilen, welche konkreten (wortlautgetreuen und wortwörtlichen) Informationen und Auskünfte die FMA gegenüber der CSSF (Commission de Surveillance du Secteur Financier) Luxembourg über die beabsichtigte Beteiligung des Antragstellers bei der [Bank] mit Sitz in Luxembourg erteilte.

IV. Die FMA wolle dem Antragsteller Auskunft darüber erteilen, welche personenbezogene Daten diese gegenüber der CSSF (Commission de Surveillance du Secteur Financier) Luxembourg verarbeitet hat, und diese Information samt Auskunft über alle in Art 15 DSGVO enumeriertem Zusatzinformationen gemäss Art 15 Abs 2 DSGVO als Kopie zur Verfügung stellen.



Die FMA stellte dem Beschwerdeführer in Erledigung von Punkt IV. der Anträge mit Schreiben vom 26.08.2022 die personenbezogenen Daten, die sie gegenüber der CSSF verarbeitet hat, sowie eine Kopie der verarbeiteten personenbezogenen Daten des Beschwerdeführers zur Verfügung.

Mit Verfügung (Verwaltungsentscheidung) vom 14.09.2022 wies die FMA die weitergehenden Anträge (I, II und III) des Beschwerdeführers auf Akteneinsicht, Auskunft und Information ab.

Einer dagegen erhobenen Beschwerde des Beschwerdeführers gab die Beschwerdekommision der Finanzmarktaufsicht mit Entscheidung vom 27.10.2022 keine Folge.

Der gegen diese Entscheidung vom Beschwerdeführer erhobenen Beschwerde gab der Verwaltungsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein mit Urteil vom 03.03.2023, VGH 2022/090, Folge, hob die Entscheidungen der Unterinstanzen auf und trug der FMA auf, neuerlich zu entscheiden. Soweit im Folgenden massgeblich gelangte der Verwaltungsgerichtshof zum Ergebnis, dass es sich bei den von der FMA an die CSSF übermittelten Informationen um keine kundenbezogene, sondern um eine sogenannte „institutsbezogene“ Amtshilfe gehandelt habe. Die FMA habe der CSSF Informationen über den Beschwerdeführer in seiner Funktion als Verwaltungsratsmitglied und Aktionär einer in Liechtenstein zugelassenen Bank übermittelt, nicht aber Informationen über den Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Bankkunde. Der Beschwerdeführer habe aufgrund des liechtensteinischen Informationsgesetzes Anspruch darauf, weitere Informationen von der FMA zu erhalten. Dieses Gesetz regle die Grundsätze und das Verfahren zur Information der Bevölkerung über die Tätigkeit der Behörden. Die Tätigkeit der staatlichen Behörden werde dadurch transparent gemacht und staatliches Handeln werde offengelegt, soweit diesem nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Somit habe jede Person, welche ein berechtigtes Interesse geltend machen könne, ein Recht auf



Einsicht in amtliche Unterlagen, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstünden. Der im Informationsgesetz enthaltenen Voraussetzung für das Recht auf Akteneinsicht in amtliche Unterlagen, wonach die betreffende Person „ein berechtigtes Interesse“ geltend machen müsse, komme, so der Verwaltungsgerichtshof, nicht die Bedeutung zu, dass ein individuelles, besonders Interesse bestehen müsse, das über das im Allgemeinen bei jedermann vorhandene Interesse an amtlichen Unterlagen und damit an der Wahrung des Vertrauens in den Staat und seine Behörden und der Erhöhung der Glaubwürdigkeit des staatlichen Handels hinausgehe. Damit wurde seitens des Verwaltungsgerichtshofes bejaht, dass beim Beschwerdeführer ein berechtigtes Interesse im Sinne des Informationsgesetzes vorliegt. Es sei, so der Verwaltungsgerichtshof, noch zu prüfen, ob überwiegende öffentliche oder private Interessen einer Einsichtsgewährung und Auskunftserteilung entgegenstünden. Diesbezüglich hätten weder die FMA noch die Beschwerdekommision der Finanzmarktaufsicht eine vertiefte Prüfung vorgenommen, sondern lediglich pauschal damit argumentiert, dass ein öffentliches Interesse an einer effektiven Aufsicht der Finanzintermediäre und damit an der internationalen Zusammenarbeit zwischen nationalen Überwachungs- und Aufsichtsbehörden bestehe, sodass eine effektive Aufsicht der Finanzintermediäre nur dann gewährleistet sei, wenn die internationalen Aufsichtsbehörden effektiv zusammenarbeiteten. Sie hätten weiters damit argumentiert, dass der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit mit vertrauensvollem und uneingeschränktem gegenseitigem Respekt gelte. Die Informationen seien unverzüglich unter den Behörden auszutauschen. Somit müsse der Informationsaustausch zwischen Aufsichtsbehörden vertraulich bleiben und könne dem Beschwerdeführer keine Einsicht gewährt und keine Auskunft erteilt werden.

Dieser Schlussfolgerung folgte der Verwaltungsgerichtshof nicht. Denn aus dem Grundsatz der loyalen und effizienten internationalen Zusammenarbeit könne nicht abgeleitet werden, dass das staatliche



Handeln der FMA im Bereich der internationalen Amtshilfe dem Öffentlichkeitsprinzip des liechtensteinischen Informationsgesetzes entzogen und stattdessen geheim sei. Die Einsicht einer Privatperson, wie des Beschwerdeführers, in die amtlichen Unterlagen der FMA im Zusammenhang mit dem Informationsaustausch mit einer ausländischen Behörde habe nicht per se eine negative Auswirkung auf den Informationsaustausch. Er behindere, verzögere und verunmögliche diesen Informationsaustausch nicht. Die Rechtsansicht der Unterinstanzen widerspreche geradezu diametral dem Öffentlichkeitsprinzips des Informationsgesetzes und damit dem Prinzip der Transparenz staatlichen Handelns. Das Handeln des Staates und seiner Behörden sei keine Geheimsache und müsse deshalb im Grundsatz transparent sein. Ausnahmen von der Transparenz müssten besonders begründet sein. Das Informationsgesetz räume den Anspruch auf Einsicht keineswegs nur dann ein, wenn mit der Einsichtnahme der Zweck der freien Meinungsbildung in Bezug auf die Ausübung demokratischer Rechte verfolgt werde. Das Vertrauen in das staatliche Handeln könne nur dann bestehen, wenn jedermann und uneingeschränkt – vorbehaltlich überwiegender entgegenstehender Interessen – Einsicht in amtliche Unterlagen erhalte, ohne dass er einen bestimmten Zweck oder ein bestimmtes Motiv angeben müsse. Lediglich rechtsmissbräuchliche Anträge wären abzuweisen. Da die FMA nicht geprüft habe, welche konkreten öffentlichen oder privaten Interessen der Einsichtnahme in ihre Unterlagen, wie vom Beschwerdeführer begehrt, entgegenstehen würden, seien die angefochtenen Entscheidungen aufzuheben und sei die Verwaltungssache zur neuerlichen Entscheidung an die FMA zurückzuverweisen gewesen.

Die FMA entschied auch im zweiten Rechtsgang gleichlautend, nämlich mit Verfügung vom 05.06.2023: Die Anträge des Beschwerdeführers werden abgewiesen.



Dagegen richtet sich die rechtzeitig erhobene, an die Beschwerdekommision der Finanzmarktaufsicht gerichtete Beschwerde des Beschwerdeführers vom 15.06.2023, welche in den Antrag mündet, die angefochtene Entscheidung dahingehend abzuändern, dass seinen Anträgen vollinhaltlich Folge gegeben wird.

2. Europäischer Rechtsrahmen:

Gemäss Art 3 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 02.05.1992, LGBl [Liechtensteinisches Landesgesetzblatt] 1995 Nr 68, treffen die Vertragsparteien alle geeigneten Massnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus diesem Abkommen ergeben. Sie unterlassen alle Massnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Abkommens gefährden könnten. Sie fördern ausserdem die Zusammenarbeit im Rahmen dieses Abkommens.

Gemäss Art 34 des Abkommens zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofes (ÜGA) vom 02.05.1992, LGBl 1995 Nr 72, erstellt der EFTA-Gerichtshof Gutachten über die Auslegung des EWR-Abkommens. Wird eine derartige Frage einem Gericht eines EFTA-Staates gestellt und hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlass eines Urteils für erforderlich, so kann es diese Frage dem EFTA-Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen. Ein EFTA-Staat kann durch seine interne Gesetzgebung das Recht zur Einholung eines solchen Gutachtens auf Gerichte beschränken, deren Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können.

Im Sinne dieses Abkommens (Art 1 lit a) bedeutet „EWR-Abkommen“ das EWR-Hauptabkommen, dessen Protokolle und Anhänge sowie die Rechtsakte, auf die darin verwiesen wird. Gemäss dessen Art 2 treffen die EFTA-Staaten alle geeigneten Massnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus diesem



Abkommen ergeben. Sie unterlassen jede Massnahme, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Abkommens gefährden könnten.

Die Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.06.2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl. L176 vom 27.06.2013, S. 338, in das EWRA übernommen mit Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr 79/2019 vom 29.03.2019, LGBl 2019 Nr 343, sieht in den Erläuterungen (Nr 23) vor, dass es sich empfiehlt, einen Informationsaustausch zwischen den zuständigen Behörden oder Einrichtungen zu gestatten, die aufgrund ihrer Funktion zur Stärkung des Finanzsystems beitragen. Um die Vertraulichkeit der übermittelten Informationen zu wahren, sollte der Adressatenkreis eng begrenzt sein.

Nach Art 4 Abs 1 („Benennung und Befugnisse der zuständigen Behörden“) benennen die Mitgliedstaaten die zuständigen Behörden, die die in dieser Richtlinie und in der Verordnung (EU) Nr 575/2013 vorgesehenen Funktionen und Aufgaben wahrnehmen.

Gemäss Art 6 lit a dieser Richtlinie stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die zuständigen Behörden als Teilnehmer am Europäischen Aufsichtssystem (ESFS) im Einklang mit dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit gemäss Art 4 Abs 3 des Vertrages über die Europäische Union vertrauensvoll und in uneingeschränktem gegenseitigem Respekt zusammenarbeiten und insbesondere die Weitergabe von angemessenen und zuverlässigen Informationen untereinander und an andere Teilnehmer am ESFS sicherstellen. In das EWRA wurde Art 6 lit a dieser Richtlinie mit dem erwähnten Beschluss Nr 79/2019 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses übernommen, indem ein Unterabsatz angefügt wurde, der lautet wie folgt:



„Die zuständigen Behörden der EFTA-Staaten arbeiten vertrauensvoll und in uneingeschränktem gegenseitigem Respekt zusammen, insbesondere bei der Gewährleistung eines angemessenen und zuverlässigen Informationsflusses zwischen ihnen und den Teilnehmern am ESFS sowie an die EFTA-Überwachungsbehörde. Die zuständigen Behörden der EU-Mitgliedstaaten arbeiten in gleicher Weise mit den zuständigen Behörden der EFTA-Staaten zusammen.“

Nach Art 24 dieser Richtlinie („Zusammenarbeit der zuständigen Behörden“) arbeiten die jeweils zuständigen Behörden bei der Beurteilung umfassend zusammen, wenn es sich bei dem interessierten Erwerber u.a. um eine natürliche Person handelt, die ein Kreditinstitut kontrolliert, das in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem der Erwerb beabsichtigt ist, zugelassen ist (Abs 1 lit c). Dazu tauschen die zuständigen Behörden untereinander unverzüglich die Informationen aus, die für die Beurteilung erforderlich oder wesentlich sind. Dabei teilen die zuständigen Behörden einander alle wesentlichen Informationen auf Anfrage mit und übermitteln alle erforderlichen Informationen von sich aus. In der Entscheidung der zuständigen Behörde, die das Kreditinstitut zugelassen hat, an dem der Erwerb beabsichtigt wird, sind alle Bemerkungen oder Vorbehalte seitens der für den interessierten Erwerber zuständigen Behörde zu vermerken (Abs 2).

Gemäss Art 53 dieser Richtlinie („Geheimhaltungspflicht“) schreiben die Mitgliedstaaten vor, dass alle Personen, die für die zuständigen Behörden tätig sind oder waren, sowie die von den zuständigen Behörden beauftragten Wirtschaftsprüfer und Sachverständigen der beruflichen Geheimhaltungspflicht unterliegen (Abs 1 UAbs 1). Vertrauliche Informationen, die diese Personen, Wirtschaftsprüfer oder Sachverständigen in ihrer beruflichen Eigenschaft erhalten, dürfen nur in zusammengefasster oder aggregierter Form weitergegeben werden, sodass einzelne Kreditinstitute nicht identifiziert werden können; dies gilt nicht für Fälle, die unter das Strafrecht fallen (Abs 1 UAbs 2). Wurde jedoch gegen ein Kreditinstitut durch



Gerichtsbeschluss das Insolvenzverfahren eröffnet oder seine Zwangsabwicklung eingeleitet, dürfen vertrauliche Informationen, die sich nicht auf Dritte beziehen, die an Versuchen zur Rettung des betreffenden Kreditinstituts beteiligt sind, in zivil- oder handelsrechtlichen Verfahren weitergegeben werden (Abs 1 UAbs 3). Nach Abs 2 steht Abs 1 dem nicht entgegen, dass die zuständigen Behörden im Einklang mit dieser Richtlinie (...) Informationen untereinander austauschen und gilt für diese Informationen Abs 1.

Nach Art 56 letzter Satz dieser Richtlinie („Informationsaustausch zwischen Behörden“) gilt für die übermittelten Informationen in jedem Fall eine berufliche Geheimhaltungspflicht, die der nach Art 53 Abs 1 mindestens gleichwertig ist.

3. Nationaler Rechtsrahmen:

Die Richtlinie 2013/36/EU wurde in Liechtenstein im Gesetz vom 21.10.1992 über die Banken und Wertpapierfirmen (Bankengesetz; BankG; LR 952.0) umgesetzt.

Nach Art 26a Abs 6 BankG, mit dem Art 24 Abs 2 der erwähnten Richtlinie umgesetzt wurde, arbeitet die FMA bei der Beurteilung des Erwerbs oder der Erhöhung einer Beteiligung mit den zuständigen Behörden der anderen EWR-Mitgliedstaaten zusammen. Die Zusammenarbeit umfasst insbesondere den Austausch sämtlicher für die Beurteilung des Erwerbs oder der Erhöhung einer Beteiligung relevanten Informationen.

Nach Art 31a BankG („Amtsgeheimnis“) unterliegen die mit der Durchführung dieses Gesetzes betrauten Organe, allfällige durch diese beigezogene weitere Personen sowie sämtliche Behördenvertreter hinsichtlich der vertraulichen Informationen, die ihnen bei ihrer dienstlichen Tätigkeit bekanntwerden, zeitlich unbeschränkt dem Amtsgeheimnis (Abs 1). Die weiteren Absätze lauten wie folgt:



„1a) Die Organe und Personen nach Abs 1, die vertrauliche Informationen erhalten, dürfen diese in Wahrnehmung ihrer Aufgaben nur für folgende Zwecke verwenden (Unterstreichung hinzugefügt):

a) zur Prüfung, ob die Bewilligungsvoraussetzungen für Banken oder Wertpapierfirmen erfüllt sind;

b) zur Überwachung der Ausübung der Tätigkeit auf Einzel- oder konsolidierter Basis, insbesondere hinsichtlich der Solvenz, der Grosskredite, der verwaltungsmässigen und buchhalterischen Organisation, der internen Kontrollmechanismen sowie der Liquidität von Banken und Wertpapierfirmen wie auch von Zweigstellen von Banken, Finanzinstituten und Wertpapierfirmen;

c) zur Überwachung des reibungslosen Funktionierens der Handelsplätze;

d) zur Verhängung von Sanktionen;

e) im Rahmen von Verfahren über die Anfechtung von Entscheidungen der FMA nach Art 62; oder

f) im Rahmen aussergerichtlicher Verfahren für Anlegerbeschwerden nach Art 62a.

2) Vertrauliche Informationen nach Abs 1 dürfen nach Massgabe dieses Gesetzes und der Verordnung (EU) Nr 575/2013 weitergegeben werden.

2a) Die FMA ist befugt, den Revisionsstellen die für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Informationen zu übermitteln.

3) Wurde gegen eine Bank oder eine Wertpapierfirma durch Gerichtsbeschluss das Konkursverfahren eröffnet oder die Liquidation eingeleitet, so können vertrauliche Informationen, die sich nicht auf Dritte beziehen, in zivilrechtlichen Verfahren weitergegeben werden, sofern dies für das betreffende Verfahren erforderlich ist.

4) Unbeschadet der Anforderungen des Straf- oder Steuerrechts dürfen die FMA, alle anderen Verwaltungsbehörden und Stellen sowie andere natürliche und juristische Personen vertrauliche Informationen, die sie gemäss diesem Gesetz erhalten, nur zur Wahrnehmung ihrer Verantwortlichkeiten und Aufgaben innerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes oder für die Zwecke, für welche die Information übermittelt wurde, und/oder bei Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren,



die sich speziell auf die Wahrnehmung dieser Aufgaben beziehen, verwenden. Gibt die FMA oder eine andere Verwaltungsbehörde oder Stelle oder Person, welche die Information übermittelt, jedoch ihre Zustimmung, so darf die Behörde, welche die Information erhält, diese für andere finanzmarktaufsichtsrechtliche Zwecke verwenden.

5) Die FMA darf vertrauliche Informationen, die sie von einer nicht zuständigen Behörde eines EWR-Mitgliedstaates erhalten hat, an folgende Behörden übermitteln:

- a) die zuständigen Behörden anderer EWR-Mitgliedstaaten;
- b) die Europäischen Aufsichtsbehörden.“

Schliesslich sieht Art 30h BankG („Informationsaustausch“) vor, dass die FMA einer ersuchenden zuständigen Behörde eines EWR-Mitgliedstaates alle Informationen, die diese zur Wahrnehmung ihrer Aufsichtsaufgaben benötigt, übermittelt, wenn u.a. die Empfänger bzw. die Beschäftigten und beauftragten Personen der zuständigen Behörden einer dem Art 31a BankG gleichwertigen Geheimnispflicht unterstehen.

Gemäss § 310 Abs 1 des liechtensteinischen Strafgesetzbuches (StGB; LR 311.0) ist ein Beamter oder ehemaliger Beamter, der ein ihm ausschliesslich kraft seines Amtes anvertrautes oder zugänglich gewordenes Geheimnis offenbart oder verwertet, dessen Offenbarung oder Verwertung geeignet ist, ein öffentliches oder berechtigtes privates Interesse zu verletzen, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen. Die Verletzung des Amtsgeheimnisses im Sinne von Art 31a Abs 1 BankG fällt unter § 310 Abs 1 StGB. Mitarbeiter der FMA sind gemäss § 74 Abs 1 Z 4 StGB Beamte.

Das Gesetz vom 19.05.1999 über die Information der Bevölkerung (Informationsgesetz; LR 172.015) hat den Zweck, die Grundsätze und das Verfahren zur Information der Bevölkerung über die Tätigkeit der Behörden, so namentlich das Recht auf Informationen und auf Einsicht in die Akten, zu regeln. Die Tätigkeit der staatlichen Behörden soll transparent gemacht werden, um die freie Meinungsbildung der



Bevölkerung und um das Vertrauen in die Tätigkeit der Behörden zu fördern. Als Behörden im Sinne dieses Gesetzes gelten Organe des Staates und der öffentlich-rechtlichen Anstalten und Stiftungen (Art 2 Abs 2 lit a leg. cit.).

Bei der mit Gesetz vom 18.06.2004 über die Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FMAG; LR 952.3) errichteten „Finanzmarktaufsicht (FMA)“ handelt es sich um eine derartige selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit.

Gemäss Art 29 Informationsgesetz hat jede Person, welche ein berechtigtes Interesse geltend machen kann, ein Recht auf Einsicht in amtliche Unterlagen, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Überwiegende Interessen nach Art 31 Abs 1 Informationsgesetz in Bezug auf die Zurückhaltung von Informationen liegen insbesondere vor, wenn (a) durch die vorzeitige Bekanntgabe von internen Arbeitspapieren, Anträgen, Entwürfen und dergleichen die Entscheidungsfindung wesentlich beeinträchtigt würde, (b) der Bevölkerung auf andere Weise Schaden zugefügt würde, namentlich durch die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, oder (c) bei der Behörde ein unverhältnismässiger Aufwand entstehen würde.

4. Der EFTA-Gerichtshof ist gemäss Art 34 ÜGA um Gutachtenserstattung zu ersuchen, da die Entscheidung im vorliegenden Beschwerdeverfahren von der Auslegung des EWR-Rechts abhängt.
- 4.1 Gemäss Art 34 ÜGA kann nur um Auslegung des EWR-Abkommens ersucht werden, welches in Art 1 lit a ÜGA definiert wird als „EWR-Hauptabkommen, dessen Protokolle und Anhänge sowie die Rechtsakte, auf die darin verwiesen wird“. Damit wäre nach dem Wortlaut von Art 34 ÜGA der EFTA-Gerichtshof nicht dafür zuständig, auch das ÜGA auszulegen. Allerdings wird in der Literatur vertreten, dass der EFTA-Gerichtshof auch zur Auslegung von Art 34 ÜGA



zuständig sein muss (*Christiansen* in *Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder* (Ed), *Agreement on the European Economic Area – A Commentary* [2018] Art 34 SCA N5 *in fine*) bzw. dass der EFTA-Gerichtshof im Rahmen eines Vorlageverfahrens die Vorschrift des Art 34 ÜGA zumindest von Amts wegen auslegen können muss, da es ihm, wie allen Gerichten, obliege, die eigene Zuständigkeit zu überprüfen (*Fredriksen, Europäische Vorlageverfahren und nationales Zivilprozessrecht* [2009] 146). Letzteres könnte auch RN 51 des Urteils des EFTA-Gerichtshofes E-11/12 *Koch* entnommen werden, wonach der Gerichtshof die Auffassung vertritt, dass es ihm bei Bedarf zusteht, die Umstände zu beleuchten, unter denen ihm die Rechtssache vom nationalen Gericht vorgelegt wurde, um seine Zuständigkeit zu beurteilen.

Da explizite Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofes dazu fehlt, wird um Beantwortung der Frage I./1. ersucht.

- 4.2** Sollte der EFTA-Gerichtshof dazu zuständig sein, auch die Bestimmungen des ÜGA auszulegen, stellt sich vorliegend folgende Frage:

Nachdem der Verwaltungsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein mit dem erwähnten Urteil vom 03.03.2023, VGH 2022/090, bereits entschieden hat, dass vorliegend das liechtensteinische Informationsgesetz anzuwenden ist, und den Unterinstanzen aufgetragen hat, gegebenenfalls konkrete öffentliche oder private Interessen, die der Einsichtnahme in die Unterlagen entgegenstehen, darzulegen, darf nach nationalem Prozessrecht von den Unterinstanzen die grundsätzliche Anwendbarkeit des Informationsgesetzes auf das vom Beschwerdeführer gestellte Auskunftersuchen nicht mehr in Frage gestellt werden. Dies ergibt sich aus Art 98 des hier anzuwendenden Gesetzes vom 21.04.1922 über die allgemeine Landesverwaltungspflege (Landesverwaltungspflegegesetz; LVG; LR 172.020), wonach dann, wenn das Verfahren an einem wesentlichen Mangel leidet, die



angefochtene Entscheidung aus diesem Grund unter genauer Bezeichnung der unterlaufenen Mängel aufzuheben und die Sache [...] zur Beseitigung derselben und zur allfälligen neuerlichen Entscheidung zurückzuleiten ist. Dies bedeutet, dass die Unterinstanzen an die Vorgaben des Verwaltungsgerichtshofes gebunden sind. Sie dürfen also die Entscheidung nicht mehr in Frage stellen, sondern haben die vom Verwaltungsgerichtshof aufgezeigten Mängel, nämlich dass die Unterinstanzen nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes nicht geprüft haben, welche konkreten öffentlichen oder privaten Interessen (im Sinne des Informationsgesetzes) der Einsichtnahme in die Unterlagen der FMA entgegenstehen, zu beseitigen, d.h. diese Gründe im Rahmen einer neuerlichen Entscheidung darzulegen. Dass das Informationsgesetz auf den vorliegenden Fall anzuwenden ist und somit die beantragte Informationserteilung unter den in diesem Gesetz festgelegten Voraussetzungen zu prüfen ist, dies darf nach nationalem Verwaltungsprozessrecht somit nicht mehr in Frage gestellt werden.

Nun liegen jedoch Entscheidungen des EuGH zu (nunmehr) Art 267 Abs 2 AEUV, der insoweit – vom Wortlaut her – Art 34 ÜGA gleicht, vor, wonach das Vorlagerecht „unbeschränkt“ ist und weder durch Regelungen des nationalen Rechts – insbesondere durch nationale Gerichts- und Verfahrensordnungen – noch durch die nationale Gerichtspraxis eingeschränkt werden darf, wozu insbesondere nationale Bestimmungen, die nicht-letztinstanzliche Gerichte an die rechtliche Beurteilung eines im Rechtszug übergeordneten Gerichts binden, diesen nicht das Recht nehmen dürfen, eine Vorlage an den EuGH zu richten. Dies gilt sogar dann, wenn die betreffende Rechtsfrage, die das Vorabentscheidungsersuchen betrifft, einer von der übergeordneten Instanz im Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschluss vertretenen Rechtsauffassung entgegenstehen sollte (Rs 166/73 *Rheinmühlen-Düsseldorf*). Ein Ersuchen um Gutachtenserstattung in Bezug auf Richtlinienbestimmungen (Fragen I./3. bis I./5.) darf im vorliegenden Fall – die weiteren Fragen (I./3. bis I./5.) sind nämlich nur dann relevant,



wenn von der im Urteil des Verwaltungsgerichtshofes zum Ausdruck gebrachten Rechtsauffassung, nämlich dass die Beurteilung nach dem Informationsgesetz zu erfolgen hat, abgewichen werden darf – somit nur dann gestellt werden, wenn die erwähnte Rechtsprechung des EuGH auch auf das Verfahren um Erstattung von Gutachten gemäss Art 34 ÜGA zu übertragen ist, weshalb diese Frage (I./2.) gestellt wird.

- 4.3** Im vorliegenden Fall fand ein Informationsaustausch zwischen der FMA und der CSSF statt. Es stellt sich die Frage, ob ein derartiger formeller oder auch nur informeller Informationsaustausch betreffend den Beschwerdeführer „in seiner Funktion als Verwaltungsratsmitglied und Aktionär“ einer liechtensteinischen Bank unter den Vertraulichkeitsbegriff von Art 53 Abs 1 UAbs 1 der erwähnten Richtlinie fällt. Dies scheint zu bejahen zu sein, bezieht sich doch Generalanwalt *Jääskinen* in seinen Schlussanträgen vom 04.09.2014 in der Rs C-140/13 *Altmann* in RN 38 explizit darauf, dass u.a. die Korrespondenz und der Informationsaustausch der verschiedenen zuständigen Behörden untereinander dem sogenannten „aufsichtsrechtlichen Geheimnis“, das den Aufsichtsbehörden des Finanzsektors und ihren Mitarbeitern auferlegt ist, unterfällt. Rechtsprechung dazu fehlt jedoch, soweit ersichtlich.

Somit ist auch diese Frage (I./3.) zu stellen.

- 4.4** Es fand hier, wie erwähnt, der Informationsaustausch zwischen der FMA und der CSSF gemäss Art 24 Abs 2 der erwähnten Richtlinie statt. Es stellt sich somit die Frage, ob sich dadurch an der Beantwortung der zu I./3. gestellten Frage etwas ändert. Denn der Beschwerdeführer hätte ja sämtliche Informationen erhalten, wenn er den beabsichtigten Erwerb weiter verfolgt und die EZB in der Folge eine negative Entscheidung erlassen hätte: Dann hätte er gemäss Art 24 Abs 2 letzter Satz der erwähnten Richtlinie Kenntnis von allen Bemerkungen oder Vorbehalten seitens der für den interessierten Erwerber zuständigen Behörde (hier: FMA) erhalten. Ob er diese



Bemerkungen und Vorbehalte auch erfährt, wenn er den beabsichtigten Erwerb nicht weiterverfolgt, sondern – wie hier geschehen – abbricht, ist Gegenstand der zu I./4. gestellten Frage.

- 4.5** Schliesslich stellt sich die Frage, ob es – soweit hier massgeblich – neben den in Art 53 Abs 1 UAbs 2 und 3 der erwähnten Richtlinie genannten Fällen, nämlich den Fällen des Strafrechts sowie in zivil- oder handelsrechtlichen Verfahren nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen ein Kreditinstitut, noch weitere Gründe geben kann, in denen die Geheimhaltungspflicht aufgehoben ist. Denn nur dann wäre der nationale Gesetzgeber befugt, etwa im Rahmen von Informationsfreiheitsgesetzen (hier: liechtensteinisches Informationsgesetz) Einsichts- bzw. Auskunftsmöglichkeiten vorzusehen. Ist die Aufzählung in der erwähnten Richtlinie taxativ, wäre das Informationsgesetz auf Fälle wie den gegenständlichen gar nicht anzuwenden. In diesem Zusammenhang ist auf die zur Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.04.2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates (MiFID I) ergangene Judikatur des EuGH zu verweisen. Zur ähnlich lautenden Bestimmung der Richtlinie 2004/39/EG (dort Art 54) judizierte der EuGH mit Urteil vom 12.11.2014 in der Rs C-140/13 *Altmann*, dass die in der Richtlinie 2004/39/EG angeführten speziellen Fälle, in denen das allgemeine Verbot der Weitergabe vertraulicher Informationen, die unter das Berufsgeheimnis fallen, der Übermittlung oder Verwendung solcher Informationen nicht entgegensteht, in dieser Richtlinie im Einzelnen aufgeführt sind, woraus folgt, dass es ausserhalb der in Art 54 der Richtlinie 2004/39/EG speziell vorgesehenen Sachverhalte keine Ausnahmen vom generellen Verbot der Weitergabe vertraulicher Informationen geben kann (RN 34 und 35 jener Entscheidung). Anzumerken ist noch, dass diese Entscheidung zum deutschen Informationsfreiheitsgesetz erging.



Somit stellen sich auch die Fragen, wie sie oben zu I./5. wiedergeben wurden.

- 4.6** Sollte jedoch eine der zu I./1. bis I./4. angeführten Fragen mit nein zu beantworten oder die zu I./5. gestellte Hauptfrage zu verneinen, die Zusatzfrage jedoch zu bejahen sein, wäre das liechtensteinische Informationsgesetz anzuwenden und wäre entsprechend der zitierten Rechtsprechung des liechtensteinischen Verwaltungsgerichtshofes von der FMA bzw. der Beschwerdekommision der Finanzmarktaufsicht darzulegen, welche konkreten öffentlichen oder privaten Interessen (private Interessen sind ohnedies nicht ersichtlich) der Einsichtnahme in die Unterlagen der FMA, wie vom Beschwerdeführer begehrt, entgegenstehen. FMA und Beschwerdekommision haben dazu bereits schon im ersten Rechtsgang, wie weiter oben dargelegt, ausgeführt, dass ein öffentliches Interesse an einer effektiven Aufsicht über die Finanzintermediäre und damit an der internationalen Zusammenarbeit zwischen nationalen Überwachungs- und Aufsichtsbehörden besteht, sodass eine effektive Aufsicht der Finanzintermediäre nur dann gewährleistet ist, wenn die internationalen Aufsichtsbehörden effektiv zusammenarbeiten und der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit mit vertrauensvollem und uneingeschränktem gegenseitigem Respekt gilt, weshalb der Informationsaustausch zwischen Aufsichtsbehörden vertraulich bleiben muss und dem Beschwerdeführer keine Einsicht gewährt und keine Auskunft erteilt werden kann. Diese Argumentation reichte dem Verwaltungsgerichtshof, wie erwähnt, nicht aus

Es stellt sich somit die Frage, ob die erwähnten Gründe, nämlich das wirksame Funktionieren des Systems zur Überwachung der Tätigkeit (hier: von Banken), das auf einer Überwachung innerhalb eines Mitgliedstaats und dem Informationsaustausch zwischen den zuständigen Behörden mehrerer Mitgliedstaaten beruht, bedeutsam ist bzw. ob das Fehlen eines solchen Vertrauens die reibungslose Übermittlung der vertraulichen Informationen gefährden könnte und somit das normale Funktionieren der Finanzmärkte, wenn das



Berufsgeheimnis nicht mehr gewahrt wäre, gefährdet ist. Dies könnte aus Art 3 EWRA („Loyalitätsgrundsatz“) abgeleitet werden.

5. Dass bei Stellen eines Ersuchens um Gutachtenserstattung an den EFTA-Gerichtshof das Beschwerdeverfahren zu unterbrechen ist, ergibt sich aus Art 74 LVG.

Beschwerdekommision der Finanzmarktaufsicht

Vaduz, am 17.08.2023

Dr. Wilhelm Ungerank LL.M.

Präsident



Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss ist kein Rechtsmittel zulässig (verfahrenleitende Verfügung).



ZV:

1. Beschwerdeführervertreter
2. FMA Finanzmarktaufsicht Liechtenstein mit Akt
3. Mit Begleitscheiben an EFTA-GH

Kal. 10 Monate

Vaduz, am 17.08.2023