

## Abhandlungen

### Die neue Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes zur Amtshilfe in Finanzangelegenheiten

Peter Bußjäger

#### Inhalt

A. Zum Begriff der Amtshilfe und seiner Abgrenzung zur Rechtshilfe	56
B. Rechtslage	56
1. Völkerrechtliche Normen	56
2. Steuern	57
3. Finanzmarkt	57
C. Instanzenzug	57
D. Die Voraussetzungen der Amtshilfegewährung in der Spruchpraxis von StGH und VGH	58
1. Grundsätzliche Bemerkungen	58
2. Geltungsbereich	58
3. Die Anforderungen an das Ersuchen	59
4. Der begründete Tatverdacht und das Verbot der «fishing expedition»	62
5. Das Kriterium der «gleichwertigen Verschwiegenheitspflicht» und das Prinzip «der langen Hand»	63
6. Die Anhängigkeit eines Strafverfahrens in Liechtenstein	65
7. Die Souveränität und der «ordre public»	65
E. Verfahrens- und verfassungsrechtliche Fragen	66
F. Ausblick	67

#### A. Zum Begriff der Amtshilfe und seiner Abgrenzung zur Rechtshilfe

Der Gegenstand des Beitrags macht zunächst eine Begriffsklärung erforderlich. Der Begriff der Amtshilfe wird häufig synonym zum Schwesterbegriff der Rechtshilfe verstanden, was jedoch falsch ist. In StGH 2005/50 wurde dazu festgehalten:

*«Die Amts- und Rechtshilfe können nicht immer leicht auseinander gehalten werden. Dennoch unterscheiden sich diese beiden Rechtsinstitute einerseits hinsichtlich Sinn und Zweck sowie andererseits nach den anwendbaren Bestimmungen. Die internationale Amtshilfe erfolgt grundsätzlich zwischen den im jeweiligen Staat für die Bankenaufsicht bzw. Aufsicht von Wertpapierfirmen zuständigen administrativen Behörden und dient zur Überwachung der Finanzmärkte, insbesondere dem Börsen- und Effektenhandel und der Überwachung der daran beteiligten Marktteilnehmer. Die internationale Zusammenarbeit zwischen nationalen Überwachungs- und Aufsichtsbehörden dient der Sicherung der Stabilität des Finanzsystems und ist die Amtshilfe deswegen von Gesetzes wegen auf die Überwachung von stabilitätspolitisch relevanten Informationen beschränkt. Sie verfolgt präventive Zwecke und wird gemäss den Voraussetzungen in Art 36 BankG durchgeführt.»*

*Im Gegensatz dazu dient die internationale Rechtshilfe in Strafsachen u.a. der Verfolgung einer strafbaren Handlung, die (im Ausland) in der Vergangenheit stattgefunden hat und als Folge davon die hierfür zuständige (ausländische) Strafverfolgungsbehörde um Übermittlung zusätzlicher, für den konkreten Sachverhalt strafrechtlich relevanter Informationen bei der inländischen, für Rechtshilfe in Strafsachen zuständigen Gerichtsbehörde*

*ersucht. In diesem Sinne können diese erlangten, strafrechtlich relevanten Informationen insoweit das ausländische Strafverfahren unterstützen. Eine allfällige Übermittlung dieser Informationen hat den Erfordernissen RHG sowie den hierzu in Liechtenstein geltenden internationalen Abkommen (insbesondere dem ERHÜ) zu genügen (vgl. zum Ganzen Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 2., vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Bern 2004, 522 ff. [523]; Alexander M. Glutz von Blotzheim, Internationale Amtshilfe: Die Übermittlung kundenbezogener Information aus dem Geheimbereich im Vorfeld ausländischer Straftaten am Beispiel des Insiderhandels, in: Selbstbestimmung und Recht, Festgabe für Rainer J. Schweizer zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 93 ff. [94], m.w.H.; BGE 126 II 409, Erw. 6 b/aa, m.w.H.)»*

Auf diese Unterscheidung legt auch der VGH Wert: Amtshilfe darf nicht zur Umgehung der im Allgemeinen aufwändigeren Bestimmungen über die Rechtshilfe missbraucht werden, Amtshilfe wird primär zur Wahrnehmung von Aufsichtsfunktionen geleistet, auch wenn sich daraus im Anschluss eine Strafanzeige ergeben mag. Sie darf aber nicht primär für Zwecke der (individuellen) Strafverfolgung eingesetzt werden<sup>1</sup>. Die Unterscheidung zwischen Amts- und Rechtshilfe hat zur Folge, dass im Amtshilfeverfahren die Bestimmungen des Rechtshilfegesetzes grundsätzlich nicht, auch nicht subsidiär zur Anwendung gelangen.<sup>2</sup>

#### B. Rechtslage

Die Rechtsnormen betreffend die Amtshilfe in Finanzsachen in ausserordentlich komplex und sollen hier überblicksweise dargestellt werden. Verantwortlich für diese Komplexität sind zahlreiche anlassbezogene Erlassung neuer Gesetze oder Novellierungen bestehender Gesetze der letzten Jahre.

##### 1. Völkerrechtliche Normen

Es gibt zahlreiche Staatsverträge, an denen das Fürstentum Liechtenstein beteiligt ist, die in irgendeiner Form eine «Amtshilfe» regeln.<sup>3</sup> Nicht zuletzt sind im EWR-Abkommen und seinen Protokollen sowie in den Beschlüssen des Gemeinsamen Ausschusses zahlreiche Amtshilfe-regelungen enthalten, die die verschiedensten Bereiche des Verwaltungsrechts zum Gegenstand haben.

Auf die Bekämpfung von Marktmissbrauch und Steuerhinterziehung bezieht sich gegenwärtig etwa das

- Übereinkommen zwischen der Regierung des Fürstentums Liechtenstein und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch in Steuersachen, LGB. 2009, Nr. 302.

<sup>1</sup> VGH 2008/71.

<sup>2</sup> StGH 2009/9 und 2009/117.

<sup>3</sup> Siehe auch Gey, Internationale Amtshilfe im liechtensteinischen Finanzmarkt- und Steuerrecht (2009), 54ff; dieselbe, Internationale Amtshilfe im liechtensteinischen Finanzmarkt- und Steuerrecht, IJZ 2009/1, 29.

## 2. Steuern

Das Steueramtshilfegesetz – USA, LGBl. 2009, Nr. 303, ist in Ausführung des weiter oben angeführten Übereinkommens ergangen. Das Gesetz ist am 1. Jänner 2010 in Kraft getreten. Auf Grund des kurzen Zeitraums seit Inkrafttreten gibt es dazu noch keine Rechtsprechung.

## 3. Finanzmarkt

Bestimmungen über die Amtshilfe gibt es in zahlreichen, den Finanzmarkt regelnden Gesetzen. Dabei ist zunächst auf das Bankengesetz zu verweisen, das im Rahmen der Umsetzung der 2. Wertpapierdienstrichtlinie und von «Basel II» im Jahr 2007 umfassend revidiert und umgestaltet wurde.<sup>4</sup>

Die Amtshilfebestimmungen des Bankengesetzes stehen gleichsam im Zentrum des liechtensteinischen Amtshilferechts.<sup>5</sup> Da in der Praxis der Rechtsprechung allerdings dem Marktmissbrauchsgesetz (MG) die weitaus größere Bedeutung zukommt, soll eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Rechtsgrundlagen anhand dieser Bestimmungen erfolgen.

Nach dem MG ist die FMA von Gesetzes wegen verpflichtet, mit den zuständigen Behörden anderer Staaten zusammen zu arbeiten, soweit dies zur Bekämpfung des Marktmissbrauchs erforderlich ist (Art 13, 16, 18 MG). Dabei gelten für EWR-Mitgliedstaaten und «Drittstaaten» im Detail unterschiedliche Regelungen.

Die FMA kann den zuständigen Behörden von Drittstaaten auf deren Ersuchen Informationen übermitteln, wenn:

- a) die Informationen zur Bekämpfung des Marktmissbrauchs erforderlich sind; und
- b) die beschäftigten und beauftragten Personen der zuständigen Behörde des Drittstaats einer Art 11 gleichwertigen Verschwiegenheitspflicht unterliegen, wobei Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren vorbehalten bleiben.

Sind diese Voraussetzungen gegeben, darf die FMA ein Amtshilfeersuchen einer zuständigen ausländischen Behörde (EWR-Mitgliedstaaten und Drittstaaten) nur dann ablehnen, wenn (Art 14 Abs 2, Art 18 Abs 3 MG):

- a) hierdurch die Souveränität, die Sicherheit oder die öffentliche Ordnung Liechtensteins beeinträchtigt werden könnte;
- b) aufgrund desselben Sachverhalts gegen die betreffende Person bereits ein Verfahren vor einem liechtensteinischen Gericht anhängig ist; oder
- c) aufgrund desselben Sachverhalts gegen die betreffende Person bereits ein rechtskräftiges Urteil eines liechtensteinischen Gerichts ergangen ist.

Mehr oder weniger gleichlautende Bestimmungen enthalten das Offenlegungsgesetz. Auch hier ist die FMA zur Zusammenarbeit verpflichtet (Art 40) und kann unter den in Art 41 genannten Tatbeständen die Zusammenarbeit ablehnen, die im Übrigen gleichlautend wie Art 18 MG sind.

<sup>4</sup> Dazu näher *Gey*, LJZ 2009/1, S. 21.

<sup>5</sup> Dazu auch *Gey*, LJZ 2009/1, 21.

Etwas anders sind die Tatbestände in Art 34 Wertpapierprospektgesetz geregelt<sup>6</sup>, welche Tatbestände wiederum mehr oder weniger identisch mit Art 37 Sorgfaltspflichtgesetz sind. Dagegen orientieren sich die Bestimmungen des Vermögensverwaltungsgesetzes wiederum am Marktmissbrauchsgesetz. Schliesslich sei noch auf Art 102 Investmentunternehmensgesetz hingewiesen, welches wiederum gesonderte Tatbestände vorsieht.<sup>7</sup>

## C. Instanzenzug

Zuständig zur Entscheidung über die Gewährung von Amtshilfe ist in den hier behandelten Fällen in erster Instanz die Finanzmarktaufsicht. Gemäss Art 35 FMA-Gesetz können deren Entscheidungen innerhalb einer Frist von 14 Tagen bei der FMA-Beschwerdekommision angefochten werden.

Die Entscheidungen der FMA-Beschwerdekommision unterliegen wiederum der Kontrolle des VGH. Gegen die Entscheidungen des VGH ist eine Individualbeschwerde an den StGH zulässig.

Eine Besonderheit für das Verfahren sieht Art 15 Abs 4 StGHG für das Verfahren vor dem StGH vor: In Fällen der internationalen Amtshilfe beträgt die Beschwerdefrist abweichend von der sonst geltenden vier-Wochen-Frist nur 14 Tage.

Diese, am 3. November 2009 in Kraft getretene Regelung, hatte für einige Unklarheit gesorgt, da gemäss der Übergangsbestimmung des Art II auf hängige Verfahren das bisherige Recht Anwendung zu finden hat. Unter hängigen Verfahren im Sinne dieser Übergangsbestimmung sind nach den Gesetzesmaterialien lediglich «hängige Individualbeschwerdeverfahren» zu verstehen.<sup>8</sup> Der StGH hat daher eine Individualbeschwerde gegen ein Urteil des VGH (VGH 2009/108), das am 19. November 2009 zugestellt worden war, die am 15. Dezember 2009 bei der Regierungskanzlei eingereicht worden war, als verspätet zurückgewiesen.<sup>9</sup>

Eine weitere Besonderheit gilt auch hinsichtlich der aufschiebenden Wirkung im Verfahren vor dem StGH: Der Vorsitzende hat über eine allfällige Zuerkennung der

<sup>6</sup> Demnach kann die FMA mit den zuständigen Behörden anderer Mitgliedstaaten alle Informationen austauschen, wenn

- a) die Souveränität, Sicherheit, öffentliche Ordnung oder andere wesentliche Landesinteressen nicht verletzt werden;
- b) die Empfänger bzw. beschäftigten und beauftragten Personen der zuständigen Behörde des Mitgliedstaates einer Art 27 gleichwertigen Verschwiegenheitspflicht unterliegen;
- c) gewährleistet ist, dass die mitgeteilten Informationen nur für finanzmarktaufsichtsrechtliche Belange verwendet werden; und
- d) die Informationen nur für jene Zwecke weitergegeben werden, denen die FMA bzw. die zuständige Behörde ausdrücklich zugestimmt hat.

<sup>7</sup> Weitere Rechtsnormen mit Amtshilfebestimmungen siehe *Gey*, LJZ 2009/1, 18.

<sup>8</sup> Siehe BuA Nr. 40/2009, 68: «Für hängige Individualbeschwerde im Bereich des Marktmissbrauchs ist eine Übergangsbestimmung notwendig. Es ist davon auszugehen, dass seit dem Inkrafttreten der Aufhebung von Art 21 Abs 4 MG in verschiedenen Amtshilfeverfahren aufschiebende Wirkung gewährt wurde, weshalb hier das bisherige Recht Anwendung finden soll (...).»

<sup>9</sup> In einem anderen Fall (StGH 2009/191) wurde die Frage der Rechtzeitigkeit ausdrücklich offen gelassen, da sich die Beschwerde als materiell unbegründet erwies.

aufschiebenden Wirkung gemäss Art 52 Abs 3 StGHG innerhalb von 14 Tagen ab Einreichung der Individualbeschwerde zu entscheiden, widrigenfalls der Antrag (auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung) als abgewiesen gilt. Gegen diesen Beschluss besteht kein Rechtsmittel.<sup>10</sup> Gemäss Abs 4 dieser Bestimmung treten solche Beschlüsse vier Wochen nach ihrer Erlassung ausser Kraft, sofern der StGH nicht bereits zuvor über die Individualbeschwerde entschieden hat. Die Frist kann einmalig um 14 Tage verlängert werden. Daraus ergibt sich für den StGH die rechtspolitisch höchst unerfreuliche Zwangssituation, entweder innerhalb von de-facto sechs Wochen zu entscheiden oder den Verlust der aufschiebenden Wirkung zu Lasten des Beschwerdeführers in Kauf zu nehmen.

## D. Die Voraussetzungen der Amtshilfegewährung in der Spruchpraxis von StGH und VGH

### 1. Grundsätzliche Bemerkungen

Der VGH legte in seiner Leitentscheidung zu VBI 2003/33<sup>11</sup> die Kriterien für die Gewährung der Amtshilfe in Insiderverfahren fest. Diese und die nachfolgenden Entscheidungen<sup>12</sup> stützten sich auf die seinerzeitige Bestimmung des Art 36 Bankengesetz. Diese Norm lehnte sich inhaltlich dem Art 38 des schweizerischen BEHG an. Deshalb orientierte sich der VGH stark an der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes. Die Rechtslage und damit auch die Rechtsprechung ist in der Schweiz dazu bis heute wenig verändert. Demgegenüber hat sich die Rechtslage in Liechtenstein stark und entscheidend geändert. Am 1. Februar 2007 trat das MG in Kraft. Dieses Gesetz regelt die Amtshilfe und damit die Zusammenarbeit mit Behörden aus EWR-Staaten und Drittstaaten völlig neu und gegenüber Art 36 Bankengesetz speziell (Art 12 bis 18 MG).<sup>13</sup>

Es empfiehlt sich daher, bei einer Darstellung der neueren Rechtsprechung an die seit Erlassung des MG ergangenen Urteile des StGH und des VGH anzuknüpfen. Praktisch sämtliche vom VGH in den Jahren 2007 bis 2009 erledigten Amtshilfefälle betreffen das MG. Auf Grund der ähnlichen Formulierungen der massgeblichen Tatbestände können jedoch die von der Rechtsprechung zum MG entwickelten Grundsätze auch auf andere Fälle übertragen werden.

Die liechtensteinische Rechtsordnung steht der Amtshilfe grundsätzlich liberal gegenüber. Den inländischen Behörden steht gemäss StGH 2007/127 insbesondere keine Verhältnismässigkeitsprüfung zu:

*«Demnach hat der Gesetzgeber eine abschliessende Verhältnismässigkeitsprüfung dahingehend vorgenommen, dass einem ausländischen Amtshilfeersuchen mit Ausnahme der Ablehnungsgründe gemäss Art 14 Abs 2*

*MG immer Folge zu geben ist. Entgegen dem Beschwerdevorbringen hat die FMA eine eigene Verhältnismässigkeitsprüfung nur insoweit vorzunehmen, als die anzuwendenden Normen hierzu Raum lassen. Im Beschwerdefall besteht dieser Spielraum nur im Rahmen der Auslegung der abschliessenden Ablehnungsgründe gemäss Art 14 Abs 2 MG. Während lit. b und c dieser Bestimmung (abhängiges Verfahren; rechtskräftiges Urteil) von vornherein keinen solchen Auslegungsspielraum gewähren, enthält lit. a verschiedene auslegungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe (... hierdurch die Souveränität, die Sicherheit oder die öffentliche Ordnung Liechtensteins beeinträchtigt werden könnte). Auch wenn, wie die Beschwerdeführerin betont, nach dem Gesetzeswortlaut an sich auch die bloss Möglichkeit einer entsprechenden Beeinträchtigung («könnte») ein genügender Anlass für die Ablehnung eines Amtshilfebegehrens zu sein scheint, ist es im Lichte der Gesetzesmaterialien offensichtlich, dass Art 14 Abs 2 lit. a MG nach dem Willen des Gesetzgebers restriktiv ausgelegt werden soll.»*

Mit dieser liberalen Haltung geht einher, dass die Amtshilfe nicht als verfassungswidriger Eingriff in das Bankgeheimnis gewertet wird, dem ja, wie in StGH 2005/50<sup>14</sup> judiziert wurde, grundsätzlich materieller Verfassungsrang zukommt. Bereits in dieser Entscheidung hatte der StGH festgehalten, dass das Amtsgeheimnis der internationalen Amtshilfe nicht entgegen steht, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen eingehalten werden.<sup>15</sup> Für den Eingriff in das Bankgeheimnis muss eine gesetzliche Grundlage vorhanden sein, der Eingriff muss im öffentlichen Interesse erfolgen, er darf nicht unverhältnismässig sein und auch nicht den Kerngehalt des Grundrechts verletzen.

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung ist der StGH etwa der Meinung, dass die Bestimmungen des Art 18 Abs 2 Bst. B Satzteil 2 MG (*«...wobei Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren vorbehalten bleiben.»*) nicht verfassungswidrig ist, weil sie *«im eminenten öffentlichen Interesse»* liegt, im Vergleich zu den betroffenen öffentlichen Interessen *verhältnismässig ist und das Bankgeheimnis nach wie vor eine wichtige Schutzfunktion hat, weil die ausgefolgten Dokumente in den USA erst dann der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, wenn sich der Anfangsverdacht entsprechend verdichtet hat.»*<sup>16</sup>

### 2. Geltungsbereich

Art 2 Abs 3 MG steckt den Geltungsbereich dieses Gesetzes dahingehend ab, dass es auf Handlungen und Unterlassungen Anwendung findet, die in Liechtenstein vorgenommen wurden oder begangen werden. Diese Norm begrenzt auch die Zulässigkeit der Amtshilfe, wie der VGH in seiner Leitentscheidung VGH 2008/131<sup>17</sup> wie folgt festgestellt hat:

*«Es ist durchaus zu konstatieren, dass Art 2 Abs 3 MG sehr generell formuliert ist. Dennoch kann er aufgrund*

<sup>10</sup> Siehe dazu die vorangegangene Fußnote. Der StGH hatte die vorangegangene Regelung des Art 21 Abs 4 StGHG, wonach die aufschiebende Wirkung in Amtshilfeangelegenheiten generell ausgeschlossen sein sollte, als verfassungswidrig aufgehoben (StGH 2008/63). Siehe dazu näher unter E.

<sup>11</sup> LES 2003, 91.

<sup>12</sup> So auch VGH 2005/2.

<sup>13</sup> Vgl. dazu auch VGH 2007/32 = LES 2007, 342.

<sup>14</sup> LES 2007, 396.

<sup>15</sup> Siehe auch Gey LJZ 2009/1, 20.

<sup>16</sup> StGH 2009/117.

<sup>17</sup> Bestätigt durch StGH 2009/8.

seiner systematischen Stellung innerhalb von Art 2 MG und seinem Sinn und Zweck nicht dabingehend interpretiert werden, dass eine strafbare Handlung oder Unterlassung in Liechtenstein begangen worden sein muss, damit Amtshilfe an einen Drittstaat zulässig ist. Vielmehr genügt es, wenn aufgrund von irgendwelchen Handlungen und Unterlassungen, die in Liechtenstein im Zusammenhang mit dem untersuchten Sachverhalt vorgenommen oder begangen wurden, sich Informationen in Liechtenstein befinden. Solche Handlungen oder Unterlassungen können darin bestehen, dass über eine liechtensteinische Bank Wertpapiertransaktionen abgewickelt oder abgerechnet wurden, wie vorliegendenfalls.»

In diesem Fall hatte die SEC in ihrem Amtshilfeersuchen vom 20. Februar 2008 nach Auffassung des VGH klar dargelegt, dass sie den Verdacht hat, der Kurs und das Handelsvolumen der L-Aktien seien durch manipulative Transaktionen künstlich in die Höhe getrieben worden, um L-Aktien zu überhöhten Preisen zu verkaufen. Die SEC legte auch dar, dass ungefähr 2 Mio. L-Aktien über ein Sammelkonto der XBank (in Liechtenstein) gekauft und dann wieder verkauft wurden, dies mit einem Gewinn von über USD 10 Mio. Auch seien L-Aktien über andere Konten der XBank gehandelt worden und in vielen Fällen hätten die involvierten Personen die Aktien zu Strohfirmen und Stroh Männern transferiert und schliesslich im Freiverkehr über die XBank wieder verkauft worden. Dieser Sachverhalt rechtfertigte es nach Auffassung des VGH, sämtliche Transaktionen in L-Aktien, die über die XBank abgewickelt wurden, seien es Käufe oder Verkäufe, zu untersuchen und die entsprechenden Informationen an die SEC zu übermitteln.

Allerdings hatte sich das fragliche Amtshilfeersuchen auch auf andere Wertpapiere oder Geldtransaktionen bezogen. Hinsichtlich dieser Unterlagen enthielt die angefochtene Verfügung nach Auffassung des VGH keine rechtsgenügeliche Begründung dahingehend, in welchem Zusammenhang sie mit dem von der SEC im Amtshilfeersuchen dargestellten Sachverhalt stehen und sie deshalb für die SEC zur Bekämpfung der Marktmanipulation erforderlich sind. Da die FMA eine entsprechende Begründung unterlassen hatte, wurde die angefochtene Verfügung in diesem Umfang aufgehoben und zur neuerlichen Entscheidung an die FMA zurückgeleitet.

Die geltende Rechtslage des MG trifft keine Unterscheidung mehr zwischen EWR- und nicht EWR-Mitgliedstaaten, welche seinerzeit noch zu einer Aufhebung einer entsprechenden Verfügung der FMA durch VGH 2007/110<sup>18</sup> geführt hatte, weil an eine Behörde der kanadischen Finanzmarktaufsicht Informationen weitergeleitet werden sollten.

<sup>18</sup> Nach der damals geltenden Rechtslage des Art 2 MG galt dieses Gesetz nur für Finanzinstrumente, die zum Handel in einem EWR-Mitgliedstaat zugelassen waren oder für die ein solcher Antrag gestellt worden war. Zwar war die Amtshilfe auch für Drittstaaten vorgesehen, im konkreten Fall musste die Amtshilfe an den Drittstaat jedoch scheitern, weil es an der Voraussetzung des Art 2 MG mangelte. Mit der gesetzlichen Novellierung wurde diese Lücke beseitigt.

Der VGH judiziert<sup>19</sup> seit der entsprechenden Gesetzesänderung<sup>20</sup>, «dass für die Amtshilfegewährung an Drittstaaten dieselben Kriterien gelten wie für die Amtshilfegewährung an EWR-Mitgliedsstaaten.» Das MG verlangt im Übrigen nicht die Erfüllung des Grundsatzes der beiderseitigen Strafbarkeit, um Amtshilfe gewähren zu dürfen.<sup>21</sup>

### 3. Die Anforderungen an das Ersuchen

Das MG stellt keine expliziten Anforderungen an das Ersuchen um Amtshilfe. Es gilt im Beispiel des MG lediglich die Voraussetzung, dass die Informationen zur Bekämpfung eines Marktmissbrauches erforderlich sein müssen (Art 13 bzw. Art 18 Abs 2 lit. a MG) sowie (gegenüber Drittstaaten) der gleichwertigen Verschwiegenheitspflicht unterliegen (Art 18 Abs 2 lit. MG; dazu weiter unten f)).

Die Judikatur hat dazu folgende Grundsätze entwickelt:

Das «Ersuchen muss sich auf Informationen beziehen, die zur Bekämpfung des Marktmissbrauchs, wie der Marktmanipulation, erforderlich sind. Dies bedeutet, dass das ausländische Amtshilfeersuchen gewissen inhaltlichen Anforderungen entsprechen muss, insbesondere den Sachverhalt darlegen muss, aus welchem der Verdacht des Marktmissbrauchs ersichtlich ist. Weiters müssen jene Informationen bezeichnet werden, die angefragt werden und zur Bekämpfung des Marktmissbrauchs erforderlich sind. Die Sachverhaltsdarstellung und die Bezeichnung der angebehrten Informationen ist so detailliert vorzunehmen, dass die FMA prüfen kann, ob die ersuchende Behörde tatsächlich in einem konkreten Fall den Marktmissbrauch bekämpft und ob hierzu die angebehrten Informationen erforderlich sind. Allerdings sind an die Darstellung des Sachverhalts und die Bezeichnung der angebehrten Informationen keine hohen Anforderungen zu stellen, wie schon die FMA in der angefochtenen Verfügung ausführte (LES 2003, 91 Erw. 5).»<sup>22</sup> Ergänzend ist auf StGH 2009/91 zu verweisen, wonach «die Amtshilfegewährung wegen lückenhafter Sachverhaltsdarstellung nur in gewichtigen Fällen abzulehnen sein wird, wovon aber im Beschwerdefall nicht gesprochen werden kann.»

Aber immerhin: Es sind nur jene Informationen zu ermitteln, die sich auf die Amtshilfeersuchen angeführten Wertpapiertransaktionen beziehen, nicht aber Transaktionen mit anderen Wertpapieren oder Geldtransfers.<sup>23</sup>

Das Ersuchen muss sich auf einen tatsächlichen (mutmasslichen) Marktmissbrauch beziehen. In einem Fall, in welchem eine unbekannte Täterschaft heimlich mittels Hacking gegen eine Datenverarbeitungsanlage und damit indirekt gegen die betroffenen Kontoinhaber vorgeht, um von den Konten der Opfer Geld abzudisponieren, nämlich durch einen unerlaubterweise initiierten Kauf von bestimmten Aktien durch die Opfer über deren

<sup>19</sup> VGH 2008/131.

<sup>20</sup> LBGL. 2008 Nr. 255.

<sup>21</sup> VGH 2008/131. Ebenso VGH 2009/31.

<sup>22</sup> VGH 2008/131.

<sup>23</sup> VGH 2008/136.

Onlinekonten, wurde der Markt zwar indirekt manipuliert (indem Aktien gehandelt wurden, die sonst nicht gehandelt worden wären). Der VGH (2009/75) entschied, dass keine beabsichtigte Marktmanipulation vorlag (vielmehr wohl eine andere strafbare Handlung) und hob die angefochtene Verfügung der FMA ersatzlos auf.

Als Beispiel für einen Sachverhalt, der ein Amtshilfeersuchen rechtfertigt, sei der VGH 2008/165 zugrunde liegende Fall angeführt:

Am 12. November 2007 – dies war ein Montag - um 19.10 Uhr gab die X.AG ihre vorläufigen Ergebniszahlen für die ersten 9 Monate des Geschäftsjahres 2007 bekannt. Aufgrund diverser Umstände – nämlich aktuelle Diskussion zur Novellierung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes sowie witterungsbedingte Verzögerungen und damit der vermehrten Auftragsverschiebungen in das Jahr 2008 – passte die X.AG ihre Prognose für 2007 – nach unten – an. Am 9. November 2007 – dies war ein Freitag und somit einen Handelstag vor der genannten ad-hoc-Mitteilung – wurden, wie die BaFin feststellte, 2 840 X.AG-Aktien durch oder von der Beschwerdeführerin verkauft. Aus dem Chart über die Handelsvolumina und Kurse der Aktie vom 1. Oktober bis 30. November 2007 (Anlage 2 zum Amtshilfeersuchen) ist ersichtlich, dass der Kurs der Aktie vom 1. bis 14. November 2007 stetig fiel. Das Handelsvolumen vom 1. bis 8. November 2007 war jedoch relativ gering, immer etwa zwischen 10 000 und 50 000 Stück. Am 9. November 2007 war das Handelsvolumen demgegenüber deutlich höher, nämlich ca. 140 000 Stück.

Daraus war es für den VGH *«ersichtlich, dass die von der oder über die Beschwerdeführerin am 9. November 2007 verkauften 2 840 X.AG-Aktien zwar nicht einen bedeutenden Anteil am gesamten Handelsvolumen dieses Tages ausmachten, aber dennoch Teil dieses auffällig erhöhten Handelsvolumens sind, welches zudem zu einem weiteren Kursrückgang bis zur Veröffentlichung der ad-hoc-Mitteilung am 12. November 2007 um 19.10 Uhr führte.*

Da die von der Beschwerdeführerin durchgeführte Transaktion eben Teil der auffälligen und damit verdächtigen Aktienverkäufe vom 9. November 2007 ist, ist es auch gerechtfertigt, diese Transaktion zu untersuchen.<sup>24</sup> In dieselbe Richtung weist VGH 2009/93<sup>25</sup>, wonach auch ein Transaktionsvolumen von lediglich € 4 000.– eine Amtshilfegewährung nicht ausschliesst, wenn über die betroffene Bank sehr wohl große Transaktionen mit den betroffenen Aktien erfolgt sind.

Die Angaben zum Sachverhalt müssen nicht im eigentlichen Amtshilfeersuchen selbst gemacht werden, sondern können sich aus beigegebenen Unterlagen und dergleichen ergeben. In welcher Art die Darstellung erfolgt, bleibt der ersuchenden Behörde überlassen, sofern die inländischen Behörden die Darstellung nachvollziehen können. Alles andere wäre nach Auffassung des VGH ein überspitzter Formalismus.<sup>26</sup> Selbstverständ-

lich kann die ersuchende Behörde auch Informationen nachreichen oder ergänzen.<sup>27</sup>

Der VGH hat weiters entschieden<sup>28</sup>, dass genaue Angaben zum Sachverhalt im Amtshilfeersuchen nicht notwendig sind, wenn der Sachverhalt offensichtlich, allgemein bekannt oder amtsbekannt ist. Es genügt auch, wenn sich der Sachverhalt sonst wie aus dem liechtensteinischen Amtshilfeverfahren ergibt, wie aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers und den vom Beschwerdeführer gelegten Beweisurkunden.

Im konkreten Fall erkannte der VGH zwar an, dass im Amtshilfeersuchen nicht dargelegt war, woraus sich die vermutete Marktmanipulation ergibt. Es wird lediglich ausgeführt, dass der Verdacht einer Marktmanipulation besteht. Allerdings würden sich diese Informationen vorliegendenfalls aus dem Vorbringen der Beschwerdeführerin selbst und den von der Beschwerdeführerin gelegten Beweisurkunden ergeben.

Im Übrigen gilt auch im Amtshilfeverfahren der in der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Amtshilfeverfahren entwickelte völkerrechtliche Vertrauensgrundsatz: Es ist auf die Sachverhaltsdarstellung des ersuchenden Staates abzustellen.<sup>29</sup> Die Amtshilfebehörde darf nicht davon ausgehen, dass die ersuchende Behörde Amtshilfe erschleichen will.<sup>30</sup>

Häufig wird von den Beschwerdeführern argumentiert, dass auf Grund schon lange vor der betreffenden Wertpapiertransaktion kursierender Gerüchte überhaupt kein entsprechendes Insiderwissen vorgelegen sein könne, sodass dem Amtshilfeersuchen von vornherein die Grundlage entzogen sei.

StGH 2007/127 stützte die Meinung des VGH, es könne offen gelassen werden, *«ob und vor allem wer solches Insiderwissen bei den Börsentransaktionen eingesetzt habe; dies mit dem Hinweis, dass diese Frage gerade auch durch das gegenständliche Amtshilfeverfahren geklärt werden solle. Wie der Verwaltungsgerichtshof weiter ausführt, wird die öFMA zu klären haben, welche Anleger durch geschicktes Gespür – wie möglicherweise beim wirtschaftlich Berechtigten der Beschwerdeführerin – oder Zufall von den hohen Kurssteigerungen legal hätten profitieren können. Diese Frage ist aber jedenfalls nicht von den liechtensteinischen Behörden vorweg zu beantworten. Wesentlich für die Frage der Zulässigkeit des österreichischen Amtshilfeersuchens ist nur, ob dieses geradezu rechtsmissbräuchlich ist. Diese Frage ist aber klar zu verneinen.»*

Daher nützt es dem Beschwerdeführer auch nichts, wenn er vorbringt, er habe mit seinen Transaktionen hinsichtlich der betreffenden Wertpapiere insgesamt einen Verlust gemacht, weil er – trotz angeblichen Insiderwissens – nur einen kleinen Teil der von ihm gehaltenen Wertpapiere rechtzeitig verkauft hat. Der VGH hielt dem Beschwerdeführer zugute, dass sein Vorbringen *«überzeugend klingt»*, wies die Beschwerde aber dennoch ab.<sup>31</sup>

<sup>24</sup> Ein ähnlicher Fall wird in VGH 2008/10 behandelt.

<sup>25</sup> Bestätigt durch StGH 2009/183.

<sup>26</sup> VGH 2008/105 – 113.

<sup>27</sup> Ebendort.

<sup>28</sup> VGH 2009/11.

<sup>29</sup> StGH 2008/160; VGH 2008/73.

<sup>30</sup> VGH 2008/73.

<sup>31</sup> VGH 2007/32.

Zuweilen liegt das Amtshilfeersuchen nicht in deutscher Sprache oder in deutscher Übersetzung vor. Der VGH hat dazu judiziert<sup>32</sup>: *«Die Beschwerdeführerin bringt vor, das Amtshilfeersuchen der SEC liege nicht in deutscher Sprache oder in deutscher Übersetzung vor. Amtshilfeersuchen in Liechtenstein sei aber Deutsch. Dies gelte auch für die Amtshilfe gemäss Marktmissbrauchsgesetz. Art 18 Abs 7 MG i.V.m. Art 9 Abs 1 RHG und § 63 StPO bestimme klar, dass Schriften, die nicht in deutscher Sprache geschrieben und für die Untersuchung erheblich seien, durch einen beeideten Dolmetscher übersetzt werden und samt der Übersetzung zu den Akten gebracht werden müssten.*

*Hinsichtlich der Verfahrensbestimmungen ist Art 22 MG relevant. Danach kommen die Bestimmungen des LVG ergänzend zur Anwendung. Das LVG enthält keine Bestimmung hinsichtlich der Sprache von Urkunden und verweist – mit hier nicht weiter relevanten Ausnahmen im Bereich des Verwaltungsstrafverfahrens – nicht auf die StPO. Der Verwaltungsgerichtshof ist nunmehr in ständiger Rechtsprechung (VGH 2008/10, 63, 65, 66, 67, 85) der Ansicht, dass aus Art 6 LV allein nicht abgeleitet werden kann, dass im Verwaltungsverfahren deutsche Übersetzungen von sämtlichen im Akt liegenden Schriftstücken vorliegen müssen. Vielmehr kommen die aus dem Gleichheitsgrundsatz von Art 31 Abs 1 LV abgeleiteten Verfahrensrechte zur Anwendung. Verfassungsgerechtlich garantiert ist eine Verfahrensgerechtigkeit, insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Anspruch wird aber nicht schon dadurch verletzt, dass ein ausländisches Amtshilfeersuchen samt Beilagen nicht in deutscher Sprache vorliegt. Wesentlich ist allein, dass die betroffene Partei, vorliegendenfalls die Beschwerdeführerin, den Inhalt des Amtshilfeersuchens samt Beilagen versteht und sie somit ihr aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleitetes Recht auf Information und Stellungnahme effektiv ausüben kann. Weiters muss gewährleistet sein, dass die mit dem ausländischen Amtshilfeersuchen befasste Behörde, hier die FMA, und die Rechtsmittelinstanzen, hier der Verwaltungsgerichtshof, das ausländische Amtshilfeersuchen samt Beilagen inhaltlich einwandfrei verstehen, damit sie insbesondere ihrer Begründungspflicht in der zu fällenden Entscheidung nachkommen können. Solange es der Fall ist, dass die zuständigen Mitarbeiter der FMA und die zuständigen Richter beim Verwaltungsgerichtshof das fremdsprachige Dokument einwandfrei verstehen und solange die Beschwerdeführerin nicht substantiiert geltend macht oder es offensichtlich ist, dass sie das fremdsprachige Schriftstück nicht genügend versteht, ist der Verzicht auf eine deutsche Übersetzung unbedenklich. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs genügt es im Übrigen, wenn der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin vom Akteninhalt genügend Kenntnis nehmen kann. Wenn der Beschwerdevertreter dies kann, wäre es geradezu schikanös, eine deutsche Übersetzung eines Amtshilfeersuchens oder sonstiger Unterlagen zu verlangen (ähnlich: OGH in LES 2006, 250). Vorliegendenfalls bringt die Beschwerdeführerin nicht vor, sie verstehe die*

*gegenständlichen fremdsprachigen (englischen) Dokumente nicht.»*

In einer anderen Entscheidung hat der VGH ausgesprochen, dass von einem liechtensteinischen Rechtsanwalt erwartet werden kann, dass er englischsprachige Unterlagen versteht, insbesondere dann, wenn die Kanzlei auf ihrer Homepage kundtut, sie erbringe ihre Leistungen auch in Englisch. Angesichts der Tatsache, dass der wesentliche Inhalt des Amtshilfeersuchens in der Verfügung der FMA auf Deutsch wiedergegeben worden sei, sei Art 6 LV Genüge getan, wenn die Verfügung der FMA und das Urteil des VGH in deutscher Sprache ergingen.<sup>33</sup>

Eine weitere Frage ist, ob sich das Amtshilfeersuchen stets nur auf Personen beziehen muss, die selbst im Verdacht stehen, marktmanipulative Handlungen gesetzt zu haben. Die Rechtsprechung<sup>34</sup> verneint dies:

Demnach ist das Einholen von Informationen durch die FMA bei inländischen Informationsinhabern und die Weiterleitung von solchen Informationen nicht darauf beschränkt, dass sich diese Informationen auf eine verdächtige Person beziehen. Vielmehr können untersuchungsrelevante Informationen auch bei Drittpersonen, die in keinerlei Verdacht stehen, eingeholt werden, wie vorliegendenfalls bei der B Bank AG und der Beschwerdeführerin. Insoweit unterscheidet sich ein Untersuchungsverfahren wegen Marktmanipulation nicht von einem Strafverfahren oder Strafuntersuchungsverfahren.

Selbst wenn der Bf nicht Beteiligter der Marktmanipulationen war, ist das Amtshilfeersuchen somit dann zulässig, wenn verfahrensgegenständlichen Informationen einen Beitrag zur vollumfänglichen Abklärung des marktmanipulativen Verhaltens eines anderen liefern. Im konkreten Fall hatte die BaFin aufgezeigt, dass über die A-Bank, Schaan, am 1. März 2007 600'000 Aktien, am 5. März 2007 900'000 und am 23. Mai 2007 weitere 1'050'000 Aktien der XY AG auf ein Depot der XY AG bei der D-Bank, München, transferiert wurden. Weiters vermutete die BaFin weitere Transaktionen der A-Bank - und damit indirekt der Beschwerdeführerin - in XY AG-Aktien, da der genannte Betreiber von Börseninformationsdiensten in der Zeit von Oktober 2006 bis Mai 2007 weitere Kaufempfehlungen öffentlich abgab. Somit war es für den VGH gerechtfertigt und notwendig, nicht nur die Details und den Hintergrund der drei konkret aufgezeigten Aktientransaktionen vom 1. März, 5. März und 23. Mai 2007, sondern auch weitere Transaktionen in XY AG-Aktien abzuklären.<sup>35</sup>

Hinsichtlich der Art der Informationen, die weiterzuleiten sind, kann auf VGH 2009/11 verwiesen werden: *«Die Beschwerdeführerin meint offensichtlich, dass Art 18 Abs 2 MG nur die Übermittlung von Urkunden, wie das Schreiben der BBank vom 12. Februar 2009 und die damit übersandten Bankunterlagen an die amtshilfeersuchende Behörde übermittelt werden dürfen. Nicht übermittelt werden dürfen nach Ansicht der Beschwerdeführerin andere Informationen.*

*Dem ist entgegenzuhalten, dass Art 18 Abs 2 MG von der Übermittlung von «Informationen» spricht. Informa-*

<sup>32</sup> VGH 2008/131. Ebenso VGH 2009/31.

<sup>33</sup> VGH 2008/65-67.

<sup>34</sup> VGH 2009/2; VGH 2009/16.

<sup>35</sup> VGH 2009/16.

tionen im Sinne dieser Bestimmung sind nicht nur Urkunden, sondern sehr allgemein der Inhalt oder Gehalt einer Nachricht, also von Wissen ganz allgemein. Es ist Aufgabe der FMA und der entsprechenden ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden, Marktmissbrauch zu bekämpfen und die Integrität der Finanzmärkte und das Vertrauen der Öffentlichkeit in Finanzinstrumente sicherzustellen (Art 1 Abs 1 MG). Der FMA kommt beim Vollzug des Marktmissbrauchsgesetzes eine breite Palette von Befugnissen zu (Art 10 MG). Sie arbeitet nicht nur mit anderen inländischen, sondern auch mit ausländischen Behörden zusammen, soweit dies zur Bekämpfung des Marktmissbrauchs erforderlich ist (Art 12, 13 und 18 Abs 1 MG). Dabei erfolgt ein Informationsaustausch (Art 13 Abs 3 MG). Es werden dabei alle Informationen, die zur Erfüllung der Aufgaben nach dem Marktmissbrauchsgesetz notwendig sind, ausgetauscht (Art 16 Abs 1, Art 18 Abs 2 Bst. a MG). Eine Einschränkung auf bestimmte Arten von Informationen enthält das Marktmissbrauchsgesetz nicht.»

Der VGH hat weiters darauf Wert gelegt, dass die von der FMA übermittelten Informationen präzise die Auskunft der Bank wiedergeben. So wurde entschieden, dass die Bekanntgabe von Personen als «wirtschaftlich Berechtigte bzw. relevante Personen nach Art 10 Abs 4 SPV»<sup>36</sup> unzulässig ist, wenn sich aus der Information der Bank ergibt, dass diese nicht «wirtschaftlich Berechtigte», sondern lediglich «relevante Personen nach Art 10 Abs 4 SPV» sind. In ähnlicher Weise hat der VGH eine Verfügung der FMA korrigiert, nachdem sich auf Grund einer nachträglichen Mitteilung der Bank herausstellte, dass nicht der Bf, sondern eine andere Person den Auftrag zur Durchführung einer Wertpapiertransaktion erteilt hatte.<sup>37</sup>

Der VGH muss Informationen, welche die Bank der FMA liefert, nicht korrigieren, selbst dann nicht, wenn der Beschwerdeführer nachweist, dass sie falsch sind. Jedenfalls dann nicht, wenn der Beschwerdeführer diese – unrichtigen – Informationen selbst zu verantworten hat (weil er unrichtige Angaben gegenüber der Bank gemacht hat).<sup>38</sup>

#### 4. Der begründete Tatverdacht und das Verbot der «fishing expedition»

In einem engen Zusammenhang mit der inhaltlichen Umschreibung des Sachverhalts steht die Präzisierung des Tatverdachts und das Verbot der sogenannten «fishing expedition», also der Anfrage, ohne konkreten Tatverdacht, nur mit dem Ziel, Informationen zu erlangen. Dazu sei zunächst auf frühere Judikatur Bezug genommen, die sich wesentlich an Schweizer Judikatur und Lehre orientierte:

Die Verwaltungsbeschwerdeinstanz entschied in VBI 2003/33<sup>39</sup>: «Die ersuchende Behörde muss im Amtshilfungsverfahren den relevanten Sachverhalt darstellen, die gewünschten Auskünfte bzw. Unterlagen konkret bezeichnen und den Grund ihres Ersuchens nennen. Dabei ist zu beachten, dass ihr in der Regel die Überwachung des

Marktgeschehens schlechthin obliegt, weshalb an diesem breiten Auftrag zu messen ist, ob hinreichende Verdachtsmomente bestehen, welche die Gewährung der Amtshilfe rechtfertigen. Soweit die Behörden des ersuchenden Staates verpflichtet sind, den massgeblichen Sachverhalt darzulegen, kann von ihnen nicht erwartet werden, dass sie dies bereits lückenlos und vollständig widerspruchsfrei tun. Dies wäre mit Sinn und Zweck der Amtshilfe nicht vereinbar, sollen doch aufgrund von Informationen und Unterlagen, die sich im ersuchten Staat befinden, bisher im Dunkeln gebliebene Punkte erst noch geklärt werden. Das Amt für Finanzdienstleistungen hat sich nicht darüber auszusprechen, ob die im Ersuchen angeführten Tatsachen zutreffen oder nicht. Es hat weder Tat- noch irgendwelche Schuldfragen zu prüfen und seinerseits eine Beweiswürdigung vorzunehmen. Es ist an die Darstellung des Sachverhalts im Ersuchen insoweit gebunden, als diese nicht wegen offensichtlicher Fehler, Lücken oder Widersprüche sofort entkräftet werden kann (vgl. BGE 126 II 409 E 5a; BGE 128 II 407 E 5.2.1).»

Der StGH hat in seiner Grundsatzentscheidung StGH 2005/50 unter Anlehnung an Schweizer Rechtslage und Rechtsmeinung noch ausgeführt, dass «ein hinreichender Anfangsverdacht für den Fall eines Insiderdeliktes, was z.B. ein einfaches Ansteigen des Volumens der Aktientransaktionen im Vorfeld einer durch das betroffene Unternehmen gemachten Ankündigung ist, nicht genügt, um eine Weiterleitung an die Strafbehörden zu rechtfertigen. Vielmehr muss dieser Verdacht höheren Anforderungen genügen.

Zusätzlich zum Anfangsverdacht müssen weitere Elemente vorliegen, die einen hinreichend begründeten Verdacht auf das Vorliegen einer strafrechtlich relevanten Verhaltensweise ergeben. Insofern besteht demgemäss keine Gefahr, dass Weiterleitungsbewilligungen «aufs Geratewohl» erteilt werden, zumal wie bereits ausgeführt, im Zusammenhang mit vermuteten Insiderdelikten von Kunden der Aufsichtszweck im Vordergrund steht. Nicht möglich und nicht zulässig sind demnach sog. «fishing expeditions», d.h. das Amtshilfeverfahren als solches als Vorwand für eine reine Beweisausforschung zu missbrauchen, weil die zu untersuchenden Handlungen in einem (unmittelbaren) Zusammenhang mit einer allfälligen Störung des Marktgeschehens stehen und zudem offensichtlich geeignet sein müssen, die Untersuchung entsprechend zu fördern (Nobel, a.a.O., 537 m.w.H.; Glutz von Blotzheim, a.a.O., 98).»

Dieser Grundsatz des Verbots der «fishing expeditions» wird auch in der jüngeren Judikatur betont, wie in VGH 2008/136: «Richtig ist, dass sogenannte fishing expeditions oder Beweisausforschungen aufs Geratewohl dem liechtensteinischen ordre publik widersprechen und somit einer Amtshilfegewährung entgegen stehen.»

Allerdings legen VGH und StGH, was die Frage des begründeten Verdachts, der ja das rechtskonforme vom rechtsmissbräuchlichen Amtshilfeersuchen unterscheidet, heute eine gewisse Zurückhaltung an den Tag, was etwa in dem VGH 2009/2 zugrunde liegenden Fall deutlich wird:

«Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe mit den möglichen Marktmanipulationen des von der BaFin ge-

<sup>36</sup> VGH 2008/105 – 113.

<sup>37</sup> VGH 2008/65 und 66.

<sup>38</sup> VGH 2009/95, bestätigt von StGH 2009/191.

<sup>39</sup> LES 2003/91.

nannten Betreibers von Börseninformationsdiensten – einem gewissen (...) – nichts zu tun. (...) Diesem Vorbringen ist entgegenzubalten, dass es nicht Aufgabe der inländischen Behörden (FMA und Verwaltungsgerichtshof) ist, materiell zu prüfen, ob ein von der ausländischen ersuchenden Behörde dargestellter Verdacht inhaltlich berechtigt ist oder nicht. Dazu gehört auch, dass die inländische Behörde nicht beurteilt, wer als Täter verdächtigt wird oder werden kann. Solche materiellen, inhaltlichen Prüfungen obliegen einzig der die Untersuchung führenden ausländischen Behörde. Das Marktmissbrauchsgesetz lässt keine inhaltliche Prüfung des Verdachtes durch die inländischen Behörden zu. Einzig in den in Art 14 Abs 2 MG taxativ und sehr restriktiv formulierten Fällen kann und darf die inländische Behörde die Zusammenarbeit mit der ausländischen amtshilfeersuchenden Behörde ablehnen (LES 2007, 342).

Es steht der Beschwerdeführerin aber frei, den Sachverhalt aus ihrer Sicht direkt der BaFin darzulegen und zu beweisen.»

Ähnlich VGH 2009/16, wonach «es nicht Aufgabe der inländischen Behörden (FMA und Verwaltungsgerichtshof) ist, materiell zu prüfen, ob ein von der ausländischen ersuchenden Behörde dargestellter Verdacht inhaltlich berechtigt ist oder nicht. Dazu gehört auch, dass die inländische Behörde nicht beurteilt, wer als Täter verdächtigt wird oder werden kann. Solche materiellen, inhaltlichen Prüfungen obliegen einzig der die Untersuchung führenden ausländischen Behörde. Das Marktmissbrauchsgesetz lässt keine inhaltliche Prüfung des Verdachtes durch die inländischen Behörden zu. Einzig in den in Art 14 Abs 2 MG taxativ und sehr restriktiv formulierten Fällen kann und darf die inländische Behörde die Zusammenarbeit mit der ausländischen amtshilfeersuchenden Behörde ablehnen (LES 2007, 342). Somit kann auch nicht auf ein allfälliges Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie habe mit NN und dessen Handlungen nichts zu tun, eingegangen werden.»

Eine «fishing expedition» lag nach StGH 2008/63 im folgenden Fall nicht vor: «Der Verwaltungsgerichtshof legt überzeugend dar, dass es in der Natur der Sache liegt, wenn ein Amtshilfeersuchen in Marktmissbrauchsfällen hinsichtlich des dargestellten Sachverhaltes lückenhaft ist (in diesem Sinne auch StGH 2008/160, Erw. 2.2 und weiter das schweizerische Bundesgericht, BGE 126 II 409, [414, Erw. 5b mit weiteren Hinweisen). Der Einwand, die Beschwerdeführerin habe ihre Transaktionsentscheidungen auf öffentlich bekannte Informationen gestützt, könne die Sachverhaltslücken, die bei der AMF bestünden, schliessen helfen, ist aber, wie vom Verwaltungsgerichtshof zu Recht ausgeführt worden ist, Gegenstand des Verfahrens vor der für die Untersuchung des Marktmissbrauchs zuständigen Behörde, hier der AMF, und nicht des Amtshilfeverfahrens. Diese Erwägungen des Verwaltungsgerichtshofes sind somit sachlich begründet und jedenfalls unter dem groben Willküraster nicht zu beanstanden.»

Der begründete Tatverdacht wird in folgendem Fall<sup>40</sup> wie folgt umschrieben:

«Wesentlich ist, dass die BaFin in ihrem Amtshilfeersuchen vom 14. Januar 2008 einen typischen Fall darstellt, der eine Marktmanipulation im Sinne von Art 24 MG nabelegt, nämlich das Versenden einer Vielzahl von Spammails, in denen der Kauf von bestimmten Aktien empfohlen wird, und der anschliessende erhebliche Kurs- und Umsatzzanstieg an einem Handelsplatz, an welchem die betroffenen Wertpapiere öffentlich gehandelt werden. Damit ist klar, dass in Bezug auf die von der BaFin genannten Aktien von vier verschiedenen Gesellschaften (C., H., H., T.) in einem relativ engen Zeitrahmen, nämlich von April bis Juli 2007, ein begründeter Verdacht der Marktmanipulation besteht. In der Untersuchung dieses Verdachtes geht es nun darum, die Täter zu finden und festzustellen, ob tatsächlich eine Marktmanipulation vorliegt. Als Täter kommen in erster Linie jene Personen in Betracht, die in der fraglichen Zeit Transaktionen mit den genannten Aktien tätigten. Somit ist es sehr wohl gerechtfertigt, dass alle Kunden der C Bank Liechtenstein, die an solchen Transaktionen beteiligt waren, in Untersuchung und damit im weiteren Sinne in Verdacht gezogen werden. Andernfalls wäre eine sinnvolle Ermittlung nicht möglich.»

Man könnte nun den Eindruck haben, als trüge das Verbot der «fishing expedition» yetihafte Züge (jeder spricht davon, aber keiner hat ihn je gesehen). Es gibt indessen einen Fall, in welchem der VGH eine «fishing expedition» in Realität erblickte, nämlich, als es im fraglichen Amtshilfeersuchen darum ging, Informationen über sämtliche Kontobewegungen mit einem Betrag von über USD 5 000.– auf den Bankkonten der Bf zu erhalten. Der VGH entschied, dass nur jene Unterlagen zu übermitteln seien, welche Transaktionen in jenen Aktien belegen, hinsichtlich derer der Verdacht der Marktmanipulation bestand.<sup>41</sup>

## 5. Das Kriterium der «gleichwertigen Verschwiegenheitspflicht» und das Prinzip der «langen Hand»

Wie oben dargestellt, bildet die gleichwertige Verschwiegenheitspflicht gemäss MG eine Voraussetzung der Amtshilfegewährung gegenüber Drittstaaten. Dabei gilt wiederum der völkerrechtliche Vertrauensgrundsatz: Die Behörden haben auf die Einhaltung von Zusicherungen der ersuchenden Behörde zu vertrauen.<sup>42</sup>

Zur früheren Rechtslage nach dem Bankengesetz hatte die VBI noch judiziert<sup>43</sup>:

«Im Übrigen verlangt das Bankengesetz diesbezüglich keine völkerrechtlich verbindliche Zusage. Solange ein ersuchender Staat sich effektiv an die genannten Grundsätze hält und – wie hier – keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass er dies im Einzelfall nicht zu tun bereit sein könnte, steht der Amtshilfe insofern nichts entgegen. Die Rechtsprechung – auch jene des StGH im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen – begnügt sich hier damit, dass gestützt auf den (völkerrechtlichen) Vertrauensgrundsatz grundsätzlich davon ausgegangen werden

<sup>40</sup> VGH 2009/121.

<sup>41</sup> VGH 2008/131 – 146. StGH 2009/8,9 und 24 – 32.

<sup>42</sup> StGH 2007/127; 2008/6; VGH 2009/132.

<sup>43</sup> VBI 2003/33.

darf, dass der ersuchende Staat sich an die genannten Prinzipien und insbesondere an entsprechende Auflagen und Erklärungen des ersuchten Staates halten wird. Erst wenn im ausländischen Verfahren Auflagen und Erklärungen des ersuchenden Staates missachtet und die in Amtshilfe gelieferten Informationen zu Zielen verwendet werden, welche verpönt sind, müsste gegenüber dem entsprechenden Staat die Amtshilfepraxis überdacht und die Übermittlung vertraulicher Informationen - je nach den Umständen - verweigert werden (vgl. BGE 128 II 407 E 3.2, 4.3.1 und 4.3.3; BGE 126 II 409 E 4; BGE 126 II 126 E 6).

Es ist also aufgrund des völkerrechtlichen Vertrauensprinzips davon auszugehen, dass das deutsche Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel und damit die Bundesrepublik Deutschland die in Punkt 2 des Spruchs der angefochtenen Regierungsentscheidung vom Amt für Finanzdienstleistungen auszuführenden Auflagen und Erklärungen einhalten wird.<sup>44</sup>

In dieser Entscheidung hat die VBI auch ausgeführt, dass es der Bf obliege, glaubhaft zu machen, dass – im vorliegenden Fall – die Bundesrepublik Deutschland diesen europäischen Grundsatz im nationalen Recht nicht nur nicht umgesetzt hat, sondern durch gesetzliche Pflichten die Weiterleitung von aus dem Ausland erlangten amtlichen Auskünften verlangt.

Der StGH hatte in StGH 2005/50 judiziert «Die in Übereinstimmung mit den im Verwaltungsrecht im allgemeinen und Art 36 BankG im besonderen verankerten Voraussetzungen gewährte Amtshilfe stellt keine eigentliche Durchbrechung des Bankgeheimnisses dar: Vertrauliche Informationen werden unter Wahrung des Bankgeheimnisses ausschliesslich an ausländische Aufsichtsbehörden weitergegeben, welche die erlangten Informationen wiederum nur für die Bankenaufsicht bzw. die Aufsicht über Wertpapierfirmen verwenden dürfen (Spezialitätsprinzip) und ihrerseits ebenfalls einem Amtsgeheimnis bzw. Berufsgeheimnis unterliegen (Vertraulichkeit; Art 36 BankG).

Zudem gewährleistet der Grundsatz der «langen Hand», dass die Informationen nicht ohne ausdrückliche Zustimmung der Amtshilfe leistenden Behörde aus diesem geschützten Geheimbereich entlassen werden dürfen. Schliesslich sorgt der im öffentlichen Recht anerkannte Grundsatz der Verhältnismässigkeit dafür, dass Informationen über Personen, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind, im Amtshilfeverfahren nicht übermittelt werden.

Dies steht im Übrigen auch im Einklang mit der Rechtsprechung des StGH, wonach das Bankgeheimnis dem Interesse der Wahrheitsforschung im gegenständlichen Finanzmarktaufsichtsverfahren weichen muss, in der Regel nur im Zivilverfahren, und auch dort nur eingeschränkt, zu beachten ist und insoweit nicht stets gegenüber anderen Interessen eine Vorrangstellung genießt (vgl. StGH 1996/42, LES 1998, 185 [190, Erw. 3.2] m.u.N.; hierzu auch Nobel, a.a.O., 1112 f.). In jedem Fall wird das Bankkündengeheimnis nicht verletzt, wenn bei einer Anfrage um internationale Amtshilfe die zuständige Aufsichtsbehörde die bereits genannten und in Art 36 BankG ausdrücklich verankerten Prinzipien

befolgt. Denn selbst bei Anerkennung einer Grundrechtsqualifikation des Bankkündengeheimnisses wäre Art 32 LV im Hinblick auf die vom StGH entwickelte Rechtsprechung zum materiellen Grundrechtsverständnis (StGH 1997/1, LES 1998, 201 [205, Erw. 4]; StGH 1997/19, LES 1998, 269 [273 f., Erw. 3.2 f.]) mit dieser Vorgehensweise Genüge getan.<sup>44</sup> Auch und gerade im Verhältnis zu Deutschland gilt der Spezialitätsgrundsatz weiterhin.<sup>44</sup>

Ein gewisses Problem stellt die amerikanische Rechtslage dar, zu der sich VGH 2008/131 wie folgt geäußert hat:

«Nach dem amerikanischen Recht ist jede Person, die dem Securities Exchange Act untersteht, zur Geheimhaltung in Bezug auf alle Informationen, Fakten und Aufzeichnungen, die sie aufgrund dieses Gesetzes, den Regulatorien oder früheren Erlassen erhalten hat oder die ihr bereitgestellt wurden, verpflichtet, ausser die Weitergabe werde vom Gesetz erlaubt. (...). Die SEC ist also grundsätzlich an die Vertraulichkeitspflicht gebunden. Wenn aber die Untersuchungen der SEC ergeben, dass die SEC ein Verfahren, insbesondere durch Klage einleiten muss, können diese Informationen – so wie in Liechtenstein auch (Art 11 Abs 2 Bst. a MG) – in diesem Verfahren verwendet werden. Dass dies zu einer Publizität der Informationen führt, ist sicherlich ein gewisser Unterschied zum liechtensteinischen Recht. Aber auch im liechtensteinischen Recht sind etwa Strafverfahren grundsätzlich öffentlich, zumindest sind es die mündlichen Strafverhandlungen. In diesem Rahmen können auch in Liechtenstein vertrauliche Informationen publik werden. In den USA gibt die Publizität von Verfahren, seien es Straf- oder Zivilverfahren, sicherlich wesentlich weiter als in Liechtenstein und generell in Europa. Aus diesem Grund hat denn der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt, dass eine solche Publizität die Amtshilfegewährung an Drittstaaten nicht beeinträchtigen soll. Er hat in Art 18 Abs 2 Bst. b MG ausdrücklich drittstaatliche Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren vorbehalten.<sup>45</sup>»

Diesen Vorschriften wurde in StGH 2009/8 und 2009/9 unter Hinweis auf das eminente öffentliche Interesse Liechtensteins Verfassungskonformität bescheinigt.<sup>46</sup>

Gelegentlich gibt es freilich auch ungewollte «Lecks» in der Verschwiegenheit ausländischer Behörden. Dazu hat der StGH entschieden<sup>47</sup>, dass er entsprechende Zusagen der öFMA trotz der bei dieser vorgekommenen Amtspflichtverletzungen als genügend erachte. «Der Staatsgerichtshof sieht auch im Beschwerdefall keinen Anlass von dieser Einschätzung abzuweichen, zumal bei der öFMA nunmehr eine bestimmte Person für das gegenständliche Amtshilfeersuchen zuständig und somit auch für die Einhaltung der Geheimhaltungspflicht verantwortlich ist. Dies erscheint dem Staatsgerichtshof eine durchaus wirkungsvolle Massnahme zu sein, um die Gefahr einer Amtspflichtverletzung auch im gegenständlichen Amtshilfefall auf ein im Lichte des hier allein rele-

<sup>44</sup> VGH 2008/73.

<sup>45</sup> Ähnlich auch VGH 2009/11.

<sup>46</sup> Bestätigt in StGH 2009/168.

<sup>47</sup> StGH 2008/6.

vanten Willkürverbots vertretbares Mass zu reduzieren, auch wenn das «Leck» bei der öFMA bisher noch nicht gefunden werden konnte. Es kann hier offen gelassen werden, wie bei zukünftigen Amtshilfeersuchen der öFMA vorzugehen wäre, wenn diese auch weiterhin die Einhaltung des Amtsgeheimnisses nicht gewährleisten könnte.»

Ein anderer Fall, ebenfalls Österreich betreffend<sup>48</sup>: «Auch das Beschwerdevorbringen, wonach es bei der ersuchenden Behörde in letzter Zeit zu Amtspflichtverletzungen gekommen sei, ist nicht geeignet, das – mit diesen Amtspflichtverletzungen im Übrigen nicht zusammenhängende – vorliegende Amtshilfeersuchen als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren. Auch kann nach wie vor darauf vertraut werden, dass sich Österreich an die mit der Amtshilfegewährung verbundenen Auflagen halten wird. Hieran ändert selbstverständlich nichts, dass die entsprechende Zusicherung der öFMA nicht auf die liechtensteinische FMA, sondern auf die schweizerische Bankenkommission Bezug nimmt. Dies ist offensichtlich ein redaktionelles Versehen, das vor dem Hintergrund des völkerrechtlichen Vertrauensgrundsatzes ohne Bedeutung ist.»

In VGH 2009/132 wurde weiters judiziert, dass ein Einzelfall nicht bereits dazu führen kann, «dass jegliche Amtshilfe mit der französischen AMF verweigert wird. Erst wenn die Amtshilfepraxis mit einer ausländischen Behörde ergibt, dass sich diese wiederholt nicht an Auflagen hält oder Auflagen in schwerwiegender Weise verletzt, läge im Sinne des Marktmissbrauchsgesetzes ein sachlich zwingender Grund vor, um Amtshilfe mit dieser ausländischen Aufsichtsbehörde einzuschränken oder gar abzulehnen.» Im konkreten Fall ging es um die Zustimmung zur Weiterleitung von Informationen, die im Wege der Amtshilfe an die AMF ergangen waren, an die Bafin. Der Beschwerdeführer hatte – durchaus nachvollziehbar – argumentiert, die Bafin, konnte nur deshalb wissen, dass Informationen bei der AMF vorhanden waren, weil die AMF mit der Bafin in diesem Fall in Kontakt getreten war.

## 6. Die Anhängigkeit eines Strafverfahrens in Liechtenstein

Die Anhängigkeit eines Strafverfahrens in Liechtenstein kann die Amtshilfegewährung ausschliessen. Dazu hat die Rechtsprechung judiziert<sup>49</sup>, das «nicht irgendein Verfahren vor irgendeinem liechtensteinischen Gericht die Amtshilfegewährung an eine ausländische Behörde zur Bekämpfung des Marktmissbrauchs unzulässig machen kann, selbst wenn so ein Verfahren im Zusammenhang mit einer Amtshilfegewährung steht. Es ist offensichtlich, dass mit Art 14 Abs 2 Bst. b und c MG – und damit auch mit Art 18 Abs 3 Bst. b und c MG – nur Strafverfahren vor einem liechtensteinischen Strafgericht gemeint sind. Das Marktmissbrauchsgesetz bezweckt nämlich die Bekämpfung von Insidergeschäften und Marktmanipulationen, also des Marktmissbrauchs (Art 1 Abs 1 MG). Das Mittel zur Bekämpfung von Marktmissbrauch ist ein repressives, nämlich die Bestrafung von Personen, die Insidergeschäfte betreiben (Art 23 MG) oder Marktmani-

pulationen vornehmen (Art 24 MG). Der Marktmissbrauch ist also mit Freiheitsstrafe, Geldstrafe und Geldbusse strafbewehrt. Zur strafrechtlichen Verurteilung ist das Strafgericht, in Liechtenstein das Fürstliche Landgericht, zuständig (Art 23 und 24 MG). Nur wenn ein solches Strafverfahren in einer konkreten Marktmissbrauchssache bereits vor einem liechtensteinischen Gericht anhängig oder durchgeführt wurde, macht es Sinn, im Rahmen des Amtshilfeverfahrens allenfalls keine Informationen an ausländische Behörden zu übermitteln. Hier schlägt der strafrechtliche Grundsatz des Verbots der Doppelbestrafung und Doppelverfolgung (ne bis in idem) durch (Art 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK, LGBl. 2005 Nr. 28).

Im vorliegenden Fall wurde in Liechtenstein gegen den Beschwerdeführer aber nicht wegen eines Marktmissbrauchsdeliktes, sondern wegen Betruges gemäss §§ 146 ff. StGB ermittelt. Marktmissbrauch einerseits und Betrug andererseits stehen nicht in unechter Konkurrenz (Scheinkonkurrenz) zueinander. Der Betrug konsumiert den Marktmissbrauch nicht, da der Betrug ein reines Vermögensdelikt ist (geschütztes Rechtsgut ist allein das Vermögen (Kirchbauer/Presslauer in Wiener Kommentar 2§ 146), während dem die Marktmissbrauchsdelikte dem Schutz der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes und dem Anlegerschutz dienen (Art 1 Abs 1 MG; Hinterhofer in Wiener Kommentar 2BörseG § 48b Rz 6 - 12; Trechsel/Jean-Richard, StGB Praxiskommentar 2008, Art 161 bis N 2). Deshalb besteht echte Konkurrenz zwischen Betrug und Marktmissbrauch (Hinterhofer, a.a.O., Rz 83; Trechsel/Jean-Richard, a.a.O., N 13). Vorliegendenfalls ermittelt das Fürstliche Landgericht gegen den Beschwerdeführer wegen Betruges. Demgegenüber ermittelt die SEC wegen Marktmanipulation. Es ist sinnvoll, beide Untersuchungsverfahren zu führen, da am Ende wegen der echten Konkurrenz auch zwei Strafurteile ergeben können und der Grundsatz von ne bis in idem nicht gilt.»<sup>50</sup>

## 7. Die Souveränität und der «ordre public»

Zu diesem Kriterium gibt es relativ wenig Judikatur, es sei aber die Rechtsprechung<sup>51</sup> zitiert, wonach keine Rede davon sei kann, dass die konsequente Überlassung der eigentlichen Ermittlungshandlungen an die um Amtshilfe ersuchende ausländische Behörde und der damit einhergehende eingeschränkte Rechtsschutz für die Beteiligten im liechtensteinischen Amtshilfeverfahren geradezu gegen «Grundprinzipien und Kerngehalte» der Grundrechte der Landesverfassung verstösst, zumal auch Art 6 EMRK in Rechts- bzw. Amtshilfeverfahren von vornherein nicht anwendbar ist (StGH 2000/60, LES 2004, 13 [17 Erw. 4.1] mit Verweis auf Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. A., Zürich 1999, 255, Rz. 401 und Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Bern 1999, 77, Rz. 100 [nunmehr 2. A., Bern 2004, 108, Rz. 100]).

In StGH 2008/6 wurde weiters entschieden, dass Liechtenstein als auf die internationale Kooperation und Solidarität angewiesener Kleinstaat ein grosses Interesse

<sup>48</sup> StGH 2007/127.

<sup>49</sup> VGH 2008/136.

<sup>50</sup> In diesem Sinne auch VGH 2009/16 und VGH 2009/121.

<sup>51</sup> StGH 2007/127.

hat, mit anderen Staaten in allen wesentlichen Bereichen eng zusammenzuarbeiten. Entsprechend sind an die Voraussetzungen für die Verweigerung der Amtshilfe auch aus diesem Blickwinkel relativ hohe Anforderungen zu stellen (vgl. hierzu auch StGH 2000/28, LES 2003, 243 [249 Erw. 3.2]).<sup>52</sup>

In VGH 2008/73 wurde das Argument verworfen, wonach die uneingeschränkte Anwendung des völkerrechtlichen Vertrauensgrundsatzes die Souveränität Liechtensteins untergrabe. Dass ausländische Aufsichtsbehörden durch die Darstellung eines unrichtigen Sachverhaltes Amtshilfe erschleichen würden, sei reine Spekulation und in der Vergangenheit niemals vorgekommen.

### E. Verfahrensrechtliche und verfassungsrechtliche Fragen

Abseits der inhaltlichen Kriterien für die Amtshilfegewährung stellen sich auch immer wieder verfahrens- und verfassungsrechtliche Fragen.

Die Verfügung der FMA hinsichtlich der Informationsweitergabe wird regelmässig nur der betroffenen Bank zugestellt. Der StGH<sup>53</sup> entschied dazu, das es im Amtshilfeverfahren zulässig ist, eine ein Bankkonto betreffende FMA-Verfügung nur der betroffenen Bank zuzustellen. *«Wie schon der Verwaltungsgerichtshof in dem hier angefochtenen Urteil unter Verweis auf die Leitentscheidung VBI 2003/33 (LES 2003, 91) ausgeführt hat, ist diese Lösung insbesondere deswegen angezeigt, weil eine behördliche Zustellung an ausländische Bankkunden regelmässig auf Schwierigkeiten stösst und damit zu erheblichen Verzögerungen des Amtshilfeverfahrens führen würde. Denn häufig verfügt die Behörde nicht über eine geeignete Zustelladresse oder aber die Zustellung der Verfügung an den Bankkunden scheitert aus anderen Gründen (VGH 2008/28, S. 11). Entgegen dem Beschwerdevorbringen muss dies nach Auffassung des Staatsgerichtshofes nicht nur für eine allfällige «Auskunftsverfügung» gelten, sondern auch für die «Übermittlungsverfügung» (welche entgegen dem Beschwerdevorbringen natürlich identisch ist mit der «Weiterleitungsverfügung» gemäss der vom Staatsgerichtshof verwendeten Terminologie). Die in der Beschwerde in Bezug auf das Zustellungserfordernis gemachte Unterscheidung zwischen Auskunfts- und Übermittlungsverfügung wird im Übrigen auch in der Schweiz keineswegs einhellig gemacht (siehe dazu BGE 125 II 65 [70 E. 2] mit Verweis auf Annette Althaus, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, Diss. Bern 1997, S. 211 ff., insbes. S. 214).»*

In dem StGH 2008/63 zugrunde gelegenen Fall hatte die FMA eine Verfügung erlassen und diese innerhalb der Rechtsmittelfrist durch eine andere, gesetzeskonforme ergänzt. Der StGH äusserte sich dazu wie folgt: *«Zusammenfassend ergibt sich, dass die Rücknahme und der Ersatz der Verfügung der FMA vom 19. Februar 2008 durch die gesetzmässige Verfügung vom 4. März 2008 grundsätzlich zulässig, jedenfalls keineswegs willkürlich waren. Materiell war die Verfügung nicht in Rechtskraft erwachsen, da sie im Laufe der Anfechtungsfrist zurückgenommen und durch eine neue gleichlautende, aber er-*

*gänzte, ersetzt wurde. Ein beachtliches Interesse am unveränderten Fortbestand kann die Beschwerdeführerin namentlich deshalb nicht geltend machen, da – wie der Verwaltungsgerichtshof zu Recht anmerkte, die Fehlerhaftigkeit – hier die Unvollständigkeit – der Verfügung hinreichend klar aus der Begründung ersichtlich war und nach Meinung des Staatsgerichtshofes für die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin aus ihrer Interessenlage heraus ohne weiteres erkennbar gewesen sein musste.»*

Hingewiesen sei auch auf StGH 2008/63, aus welchem sich ergibt, dass es jedenfalls möglich sein muss, vorsorgliche Massnahmen gegen Entscheidungen des VGH zu beantragen, weil sich eine generelle Verhinderung der aufschiebenden Wirkung bzw. des Erlasses vorsorglicher Massnahmen im Zusammenhang mit Individualbeschwerden betreffend das Amtshilfeverfahren nach dem Marktmissbrauchsgesetz als unverhältnismässig erweist. *«Dies deshalb, weil nicht in allen Fällen der Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes betreffend Amtshilfe nach dem Marktmissbrauchsgesetz das öffentliche Interesse die sofortige Amtshilfe zwingend gebietet. Hier kann analog zur Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes im Rahmen von Rechtshilfeverfahren argumentiert werden. Wie der Staatsgerichtshof erkannte, überwiegt im Falle der Ausfolgung von beschlagnahmten Unterlagen ins Ausland grundsätzlich «bei der im Rahmen der Gewährung der aufschiebenden Wirkung vorzunehmenden Abwägung der sich gegenüber stehenden Interessen der Schutz der Grundrechtspositionen des von einem Rechtshilfeverfahren betroffenen, ansonsten die Verfassungsbeschwerde ihrer Wirksamkeit beraubt würde.» (Tobias Michael Wille, a. a. O., 744 mit Verweis auf Präsidialbeschluss vom 21. April 2006 zu StGH 2006/25). Der Staatsgerichtshof geht daher konsequenterweise davon aus, dass er im Provisorialverfahren sicherzustellen hat, «dass nicht schon während hängigen Verfassungsbeschwerdeverfahren die Übermittlung von Akten ins Ausland erfolgt.» (Tobias Michael Wille, a. a. O., 744 mit Verweis auf Präsidialbeschluss vom 21. April 2006 zu StGH 2006/25).»*

Zusammenfassend folgt aus den vorstehenden Erwägungen, dass der gänzliche Ausschluss der aufschiebenden Wirkung bzw. des Erlasses vorsorglicher Massnahmen bei Individualbeschwerden gegen Entscheidungen des VGH durch Art 21 Abs 4 MG unverhältnismässig ist. Art 21 Abs 4 MG war somit verfassungswidrig und daher aufzuheben.

Die auf Grund des Urteils des VGH 2007/110 notwendig gewordene «Sanierung» des MG, was die Amtshilfegewährung an Nicht-EWR-Staaten betraf, betrachtete der StGH als verfassungskonform.<sup>54</sup>

*«Die Beschwerdeführerin bringt in diesem Zusammenhang weiter vor, es handele sich um eine vom Gesetzgeber angeordnete Rückwirkung, welche gezielt auf abhängige Verfahren beschränkt worden sei, nämlich gezielt auch auf das SEC-Amtshilfeverfahren. Sie zitiert in diesem Zusammenhang eine Passage aus dem BuA Nr. 67/2008: «Es ist von elementarer Wichtigkeit, das die vor-*

<sup>52</sup> Ebenso StGH 2008/160.

<sup>53</sup> StGH 2008/73.

<sup>54</sup> StGH 2009/8.

*geschlagenen Abänderungen des Marktmissbrauchsgesetzes umgehend Anwendung finden. Um möglichst rasch und effiziente Amtshilfe leisten zu können, sollen die neuen Bestimmungen auch auf Verfahren Anwendung finden, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Abänderungen bereits anhängig sind.»*

Nach Auffassung des StGH lässt sich aus der zitierten Stelle nicht ableiten, der Gesetzgeber sehe eine Rückwirkung vor und beschränke diese «gezielt auf anhängige Verfahren». Die aus dem BuA 67/2008 zitierte Stelle bringe zum Ausdruck, dass die Regierung im Gesetzgebungsprozess die Ausdehnung des Geltungsbereichs des MG hinsichtlich Amtshilfe als in hohem Mass im öffentlichen Interesse liegend gewertet und damit begründet hat, dass die Anwendung auch auf anhängige Verfahren gerechtfertigt ist. Im Übrigen sei die Änderung des MG, die mit LGBL 2008 Nr. 225 vorgenommen wurde, in genereller Form erfolgt und nicht bezogen auf bestimmte Einzelfälle. Auch das Argument, die Gesetzesergänzung stehe mit dem Entscheid VGH 2007/110 im Zusammenhang, helfe der Beschwerdeführerin nicht weiter. *«Dass die »Initialzündung« für Gesetzesänderungen oder Gesetzesergänzungen von einem Gericht ausgeht (hierzu Ulrich Smeddinck, Integrierte Gesetzgebungsproduktion, Der Beitrag der Rechtswissenschaft zur Gesetzgebung in interdisziplinärer Perspektive, Berlin 2006, 98), sei keine Seltenheit, sie gebe für sich allein betrachtet keine Hinweise auf Willkür der getroffenen Regelung. Die Beschwerdeführerin spricht mit Bezug auf die von ihr gerügte Übergangsbestimmung von »Anlassgesetzgebung«. Mit dem Hinweis auf diesen in der Rechtssetzungslehre mit vorschnellen unnötigen Gesetzen verbundenen Ausdruck (Georg Müller, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl., Zürich 2006, 163, Rz. 266,) hat sie aber noch keine Begründung dafür geliefert, dass der Gesetzgeber mit der im Rahmen von LGBL 2008 Nr. 225 vorgenommenen Gesetzesänderung willkürlich gehandelt hat. Auch dass der Gesetzgeber ein Gesetz nachbessert, gibt für sich noch keinen Hinweis auf Willkür. Gefundene Lösungen bedürften bei der Komplexität der Regelungsverhältnisse »oftmals einer Nachjustierung oder einer grundsätzlichen Korrektur [...]« (Heinz Schäffer, Vom Beruf der Politik zur Gesetzgebung in unserer Zeit, in: Heinz Schäffer (Hrsg.) Evaluierung der Gesetze / Gesetzesfolgenabschätzung in Österreich und im benachbarten Ausland ÖGGL-Tagung 2003, Wien 2005, 9 ff., 11).»*

## F. Ausblick

Die Amtshilfejudikatur von StGH und VGH widerspiegeln die gegenwärtigen, bewegten Zeiten auf dem Finanzmarkt. Sie haben zu mehrfachen, nicht immer homogenen oder geglückten Gesetzesnovellierungen bzw. -reparaturen geführt. Trotzdem kann festgehalten werden, dass die Judikatur zu den Grundsätzen der Amtshilfe mittlerweile gefestigt ist. Sie ist von einer grundsätzlich liberalen Haltung gegenüber der Amtshilfe geprägt. Der judicial self-restraint der Judikatur kommt deutlich zum Ausdruck, womit sicherlich auch gewissen politischen Rahmenbedingungen Rechnung getragen wird, die sich auf absehbare Zeit kaum ändern dürften. Daher sind spektakuläre Kehrtwendungen der Judikatur ebenfalls kaum zu erwarten, was auch einen gewissen Vorteil hat.

## Comptrollers Ltd.



Auditors  
Forensic accountants  
Fiduciary protectors

Die bewährten Gutachter

Spezialisten für finanz- und rechnungslegungstechnische Forensik



Felbaweg 10  
P.O.Box 942  
FL-9494 Schaan  
Telefon: +423 232 90 80  
Telefax: +423 232 90 79  
office@comptrollers.li

[www.comptrollers.org](http://www.comptrollers.org)