

Regierung des Fürstentums Liechtenstein
Herrn Regierungschef Dr. Daniel Risch
Ministerium für Präsidiales und Finanzen
Postfach 684
9490 Vaduz

Vaduz, 18. August 2023

Stellungnahme zum Vernehmlassungsbericht der Regierung betreffend den Erlass eines Gesetzes über die Tätigkeit und die Beaufsichtigung von Banken und Finanzholdinggesellschaften (Bankengesetz, BankG) sowie die Abänderung weiterer Gesetze

Sehr geehrter Herr Regierungschef

Wir bedanken uns für die Einladung zur Stellungnahme zum obgenannten Vernehmlassungsbericht. Wir begrüßen die Vernehmlassungsvorlage grundsätzlich. Jedoch bitten wir darum, im Hinblick auf den Bericht und Antrag folgende Punkte zu berücksichtigen:

Begriff der „Vermögensverwaltungsgesellschaft“

Art. 3 Abs. 1 Ziff. 22: Hier wird der Begriff „Vermögensverwaltungsgesellschaft“ definiert. Gemeint ist hier jedoch eine Verwaltungsgesellschaft nach dem UCITSG bzw. ein AIFM nach dem AIFMG. Dies bringt generell ein Potenzial für Missverständnisse mit sich bzw. führt rechtlich zu einer Konfusion, wenn z.B. in Art. 2 Abs. 6 Bst. h der Vernehmlassungsvorlage festgelegt wird, dass Vermögensverwaltungsgesellschaften nach dem VVG nicht dem BankG unterliegen. In Art. 3 Abs. 1 Ziff. 22 sollte daher ein anderer Sammelbegriff verwendet werden.

Gewerbsmässigkeit und Einlagengeschäft

Gewerbsmässigkeit

Eine Tätigkeit als Bank setzt nach Art. 4 Abs. 1 Bst. a und b der Vernehmlassungsvorlage ein gewerbsmässiges Handeln voraus. Was dies genau heisst, wird im Gesetz weiter nicht erläutert. In den Erläuterungen finden sich dazu folgende Ausführungen:

„Das Vorliegen der Gewerbsmässigkeit ist im jeweiligen konkreten Einzelfall zu prüfen. Bei der Beurteilung, ob Gewerbsmässigkeit vorliegt, ist auf die Definition der Gewerbsmässigkeit im GewG zurückzugreifen: Gewerbsmässig ist eine Tätigkeit grundsätzlich dann, wenn sie selbstständig, regelmässig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist (Art. 2 Abs. 2 GewG).

Nach den Leitlinien der EBA vom 11. November 2021 zu einer gemeinsamen Bewertungsmethode für die Erteilung der Zulassung von Kreditinstituten gemäss Artikel 8 Absatz 5 der Richtlinie 2013/36/EU (EBA/GL/2021/12) müssen diese Tätigkeiten regelmässig und systematisch erbracht werden. Unternehmen, die nur konzernintern Bankgeschäfte erbringen (beispielsweise durch Cash-Pooling) oder Tätigkeiten erbringen, die der Steuerung der Hauptfunktionen und dem Erwerbzweck des Konzerns dienen, handeln dabei regelmässig nicht gewerbsmässig (sog. Konzern-Privileg).

Selbstverständlich bedarf es bei der Beurteilung des Vorliegens einer Gewerbsmässigkeit immer einer Einzelfallbetrachtung. Wir erachten aber die Definition gemäss GewG nicht als geeignet, um das Vorliegen einer Bankentätigkeit zu bejahen oder zu verneinen. Es gibt zahlreiche Geschäftsmodelle – auch ausserhalb der Ausnahmen vom Anwendungsbereich des BankG nach Art. 2 Abs. 6 - bei welchen ohne weiteres eine Tätigkeit selbstständig, regelmässig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen und gleichzeitig Gelder von Kunden entgegengenommen werden. Das beantwortet aber im Einzelfall die Frage nicht, ob auch eine Banktätigkeit gewerbsmässig betrieben wird.

In der Schweiz handelt nach Art. 6 BankV gewerbsmässig, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt. Dies gewährt Rechtssicherheit. In Liechtenstein muss man heute damit rechnen, durch die FMA als Bank angesehen zu werden, auch wenn weit weniger als 20 Publikumseinlagen entgegengenommen wurden. Angesichts des Strafrahmens

einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren ist hier dringend geboten, Rechtssicherheit zu schaffen. Wir regen daher an, im Bericht und Antrag die Schwelle von 20 Einlagen als Schwelle für die Gewerbsmässigkeit festzulegen und diese dann ebenfalls in die BankV zu übernehmen. Uns ist bewusst, dass das Ziel der Vorlage ist, einen stärkeren Fokus auf die Struktur des EWR-Rechts zu legen. Wir sehen in unserer Anregung jedoch keinen Widerspruch dazu.

Einlagengeschäft

Ein weiterer Umstand, welcher die fehlende Rechtssicherheit verstärkt, ist das Streichen von Art. 1a BankV per 01.05.2022. Abs. 2 dieser Bestimmung sah explizite Ausnahmen vom Einlagenbegriff vor:

2) Keine Einlagen und andere rückzahlbaren Gelder sind:

a) Gelder, die eine Gegenleistung im Rahmen eines Vertrages auf Übertragung des Eigentums oder eines Dienstleistungsvertrages darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden;

b) Leistungen bei der Emission von Anleiheobligationen oder anderen vereinheitlichten und massenweise ausgegebenen Schuldverschreibungen oder nicht verkündeten Rechten mit gleicher Funktion, wenn die Aufnahme der Gelder nach Herausgabe eines Prospektes nach Massgabe der Verordnung (EU) 2017/112910 und des EWR-Wertpapierprospekt-Durchführungsgesetzes erfolgt oder keine Prospektspflicht besteht;¹¹

c) Kundenguthaben bei Wertpapierfirmen, die ausschliesslich zur Abwicklung von Wertpapierdienstleistungen gehalten werden und durch diese nicht verzinst werden;

d) Gelder, die von Versicherungsunternehmen im Sinne des Versicherungsaufsichtsgesetzes oder von anerkannten Vorsorgeeinrichtungen entgegengenommen werden und die Entgegennahme in einem untrennbaren Zusammenhang mit einem Lebensversicherungsvertrag oder einem Vorsorgeverhältnis steht;

e) Einlagen

1. der Europäischen Zentralbank, der Mitglieder des Europäischen Systems der Zentralbanken, staatlicher Stellen der staatlichen Schuldenregulierung und ausländischer Notenbanken im Rahmen der Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben;

2. in- und ausländischer Banken und Wertpapierfirmen sowie ausländischer Finanzinstitute;

- 3. institutioneller Anleger mit professioneller Vermögensverwaltung;*
- 4. von Einlegern bei Vereinen und Stiftungen, sofern diese einen ideellen Zweck verfolgen oder der gemeinsamen Selbsthilfe dienen und nicht in der Finanzbranche tätig sind;*
- 5. von Aktionären oder Gesellschaftern mit einer qualifizierten Beteiligung am Schuldner und mit ihnen wirtschaftlich oder familiär verbundenen Personen.*
- 3) Wertpapierfirmen dürfen keine Anleihen zur Finanzierung eigener betrieblicher Bedürfnisse auflegen.*

Es ist uns nicht bekannt, warum diese Bestimmung gestrichen wurde. Wir regen aber zur Sicherstellung einer grösseren Rechtssicherheit an, diese Tatbestände im Bericht und Antrag zu umschreiben und anschliessend in die BankV zu übernehmen. Darüber hinaus regen wir an, noch einen zusätzlichen Ausnahmetatbestand zu übernehmen:

Als Einlagen und andere rückzahlbare Gelder gelten nicht Kundenguthaben bei Unternehmen, die

- a) aufgrund von schriftlichen Abreden oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen treuhänderisch für Kunden gehalten werden;*
- b) auf eigenen, vom Betriebsvermögen des Unternehmens getrennten und entsprechend gekennzeichneten Konten bei einer Bank liegen; und*
- c) durch eine Bankgarantie ausgestellt durch eine Bank im EWR oder in staatsvertraglich gleichgestellten Ländern gesichert sind.*

Eine solche Bestimmung liesse sich sowohl mit geltendem Aufsichtsrecht wie auch mit dem Kundenschutz vereinbaren und entspricht im Ergebnis bezüglich der Bankgarantie auch der langjährigen Praxis in der Schweiz.

Freundliche Grüsse

**Verein unabhängiger Vermögensverwalter
in Liechtenstein**

F. Wolfinger
Präsident