

## Wesentliche Verhaltenspflichten von VT-Dienstleistern

NICOLAS RASCHAUER/THOMAS STERN\*

### Abstract

Im Rahmen einer mehrteiligen Artikelserie werden zunächst wesentliche öffentlich-rechtliche Eckpunkte, daran anknüpfend einzelne zivilrechtliche Details des Regimes des TVTG, das seit 1. Jänner 2020 die Erbringung von VT-Dienstleistungen in Liechtenstein reglementiert, beleuchtet. Im dritten Teil der Serie folgt ein Überblick über wesentliche, aufsichtsrechtlich determinierte Verhaltenspflichten von registrierten VT-Dienstleistern.

### Schlagworte

VT-Dienstleister, Pflichten, Mindestkapital, Meldepflichten, Internes Kontrollsystem, Auslagerungen, Aufzeichnungspflichten, Sicherungsmanagement

### Rechtsquellen

TVTG

### Inhaltsübersicht

I.	Allgemeines .....	254
II.	Mindestkapital (Art 16 TVTG) .....	254
III.	Bezeichnungsschutz (Art 24 TVTG) .....	255
IV.	Sicherungsmanagement (Art 25 TVTG) .....	257
V.	Aufbewahrung von Unterlagen (Art 26 TVTG) .....	259
VI.	Auslagerung von Aufgaben (Art 27 TVTG) .....	261
VII.	Meldepflichten (Art 28 TVTG) .....	264
VIII.	Veröffentlichungspflichten (Art 29 TVTG) .....	267
IX.	Internes Kontrollsystem (Art 17 TVTG) .....	268
X.	Exkurs: Verhaltenspflichten aus Zivilrecht .....	268
XI.	Resümee .....	269
XII.	Literatur .....	270

\* Die in diesem Beitrag enthaltenen Meinungen repräsentieren ausschliesslich die privaten Auffassungen der Autoren, nicht aber jene ihrer Arbeitgeber.

## I. Allgemeines

Die Art 13–29 TVTG statuierten wesentliche **Verhaltenspflichten**, die VT-Dienstleister **ab** erfolgter **Eintragung** in das **VT-Dienstleisterregister** (Art 19 Abs 3 iVm Art 23 TVTG) zu beachten haben. Diese Pflichten stellen einerseits, mit einzelnen Ausnahmen, **Registrierungsvoraussetzungen** dar und sind daher permanent zu erfüllen. Hält ein VT-Dienstleister beispielsweise nicht mehr das erforderliche Mindestkapital, hat die **FMA** die **aufrechte Registrierung zu entziehen** (Art 21 TVTG). Andererseits handelt es sich bei den in Rede stehenden Pflichten um zwingende gesetzliche Vorgaben,<sup>1</sup> welche die **staatliche Aufsicht** über **VT-Dienstleister erleichtern** und effektuieren **sollen**; man denke etwa an die Vorgaben für Auslagerungen (Art 27 TVTG) oder die Meldepflichten der VT-Dienstleister gem Art 28 TVTG. Diese Verhaltenspflichten stecken gleichzeitig den **aufsichtsrechtlichen Rahmen** für die (zulässige) Tätigkeit der VT-Dienstleister in Liechtenstein ab. Dadurch sollen die gesetzlichen Ziele (Nutzerschutz und Finanzmarktstabilität) effektuiert werden.

Im Anschluss werden die wesentlichen Verhaltenspflichten der registrierten VT-Dienstleister gem Teil III, Abschnitt B des TVTG erörtert; ausgeklammert werden die Vorgaben des Gesetzes betreffend Handlungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und fachliche Eignung, da diese Registrierungsvoraussetzungen keine<sup>2</sup> regulatorischen Verhaltenspflichten von VT-Dienstleistern statuieren.

## II. Mindestkapital (Art 16 TVTG)

An der Spitze der Gruppe der relevanten Verhaltenspflichten stehen Art 16 Abs 1 iVm Art 13 Abs 1 Bst e TVTG. Sie normieren für **registrierte VT-Dienstleister**, die Dienstleistungen gem Art 2 Abs 1 Bst k, m, n, p und q **berufsmässig** erbringen, namentlich

- ▷ Token-Emittenten,<sup>3</sup>
- ▷ VT-Schlüssel-Verwahrer,
- ▷ VT-Token-Verwahrer,
- ▷ VT-Wechseldienstleister sowie
- ▷ Physische Validatoren,

die Vorgabe, dass diese Unternehmen **ab Aufnahme ihrer Tätigkeit** neben dem für den Geschäftsbetrieb erforderlichen Kapital (zB aufgrund gesellschaftsrechtlicher

Bestimmungen) *zusätzlich* über ein »**Mindestkapital**« von CHF 50.000–250.000, je nach Geschäftsmodell bzw Tätigkeitsumfang in verschiedener Höhe,<sup>4</sup> verfügen müssen.<sup>5</sup> Erbringt der VT-Dienstleister mehrere Dienstleistungen parallel, hat er zumindest das höchste, gesetzlich vorausgesetzte Mindestkapital zu halten (Art 16 Abs 3 TVTG). Es kommt zu keiner Kumulation der Anforderungen.

Grundsätzlich erfüllt »Kapital« eine **Finanzierungsfunktion**, da es eine wichtige betriebswirtschaftliche Kennzahl für Gläubiger zur Ermittlung der Bonität des VT-Dienstleisters darstellt. Es leistet auch eine **Haftungsfunktion**, da dieses das Geschäftsrisiko des Unternehmens begrenzt und damit dem Gläubigerschutz dient.<sup>6</sup> Dies soll laut den Gesetzesmaterialien auch für das »Mindestkapital« nach Art 16 TVTG gelten (arg »Schutz des Kunden im Haftungsfall«). Zu den tendenziell entgegenlaufenden Bestimmungen nach Art 4 TVTG sowie zur **Qualität** des notwendigen Mindestkapitals unten im Text.

Das Mindestkapital darf **zu keinem Zeitpunkt**, auch nicht in einer juristischen Sekunde (zB im Zuge einer gesellschaftsrechtlichen »Harmonika« [Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Kapitalerhöhung]), **unterschritten** werden (Art 16 Abs 2 TVTG), da es eine Registrierungsvoraussetzung darstellt. Das Mindestkapital muss der Geschäftsleitung jederzeit **uneingeschränkt** zur Verfügung stehen, dh es muss vollinhaltlich zur Verlustdeckung beitragen können und darf nicht auf bestimmte Verbindlichkeiten zweckgebunden werden. Auch Gewinnabführungsverträge können einer Anerkennung als Mindestkapital entgegenstehen, wenn diese die Verlusttragung beeinträchtigen. Das Mindestkapital muss aber nicht zwingend im Inland »gehalten« werden (zB bei einer Sacheinlage oder im Rahmen eines

4 Vgl Art 16 Abs 1 Bst a–e TVTG.

5 Dies gilt jedoch nicht für VT-Agenten, die VT-Dienstleistungen im Namen und auf Rechnung eines ausländischen VT-Dienstleisters im Inland vertreiben oder erbringen (Art 13 Abs 1a iVm Art 2 Abs 1 Bst u TVTG). Warum es »überschiessend« sein soll, wenn VT-Agenten ebenfalls angemessenes Mindestkapital halten (so aber BuA 2020/132, 125), obwohl sie vergleichbare Dienstleistungen (wenn auch im nicht im eigenen Namen) erbringen, erschliesst sich nicht. Ausländische VT-Dienstleister, die über keine feste Niederlassung in Liechtenstein verfügen, unterliegen nämlich keiner Registrierungspflicht in Liechtenstein und auch sonst keiner Haftungsregelung des TVTG. Ausländische VT-Dienstleister sind auch nicht verpflichtet, ihre VT-Dienstleistungen in Liechtenstein im Wege eines VT-Agenten zu erbringen. Die Ausnahme der VT-Agenten von der Mindestkapitalpflicht ist daher verfassungswidrig und verstösst gegen den Gleichheitssatz (Art 31 Abs 1 LV).

6 Vgl BuA 2019/54, 226 f: »In diesem Zusammenhang soll ein Grundvertrauen des Kunden in die Seriosität und die Nachhaltigkeit der Geschäftstätigkeit des VT-Dienstleisters gewährleistet werden. Umgekehrt soll aufgrund des geforderten Mindestkapitals der VT-Dienstleister nicht der Gefahr ausgesetzt werden, wegen eines einzelnen Haftungsfalls in die Zahlungsunfähigkeit resp. Überschuldung zu geraten.«

1 Beachte die strafrechtliche Absicherung dieser Pflichten durch Art 47 Abs 2 TVTG.

2 Eine Fortbildungspflicht für VT-Dienstleister sieht das TVTG beispielsweise nicht vor.

3 Token-Emittenten nach Art 12 Abs 2 TVTG, welche Token im eigenen Namen oder nicht berufsmässig im Namen des Auftraggebers emittieren, unterstehen prinzipiell keiner Mindestkapitalanforderung nach TVTG (vgl Art 16 Abs 1 Bst a TVTG sowie BuA 2019/93, 37).

Sperrkontos nach Art 4 TVTV). Das Mindestkapital muss geeignet sein, alle Arten von Verlusten, nicht nur VT-immanenten (zB IT- oder sonstigen operationellen Risiken), auszugleichen. Auch bei erhöhten Betriebsaufwendungen (zB erhöhte Compliance-Kosten oder Mietaufwendungen) darf das Mindestkapital nicht aufgezehrt werden.<sup>7</sup> Für sonstige VT-Dienstleister gelten die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Mindestkapitalvorgaben nach Art 122 PGR.<sup>8</sup>

Die Mindestkapitalanforderungen gelten nur für **juristische Personen**. Natürliche Personen, die VT-Dienstleistungen erbringen, müssen – da sie »mangels Gesellschaft« über kein Gesellschaftskapital verfügen – eine **gleichwertige Kapitalgarantie in gleicher Höhe** vorhalten, zB eine Bankgarantie. Aufgrund der rein schuldrechtlichen Funktion einer Garantie wird die »Gleichwertigkeit« hier streng zu lesen sein und wohl nur Garantien durch beaufsichtigte Unternehmen zulassen. Eine Bürgschaft durch eine andere natürliche Person dürfte hier ausscheiden.

Wenn ein VT-Dienstleister ein Mindestkapital in bestimmter Höhe zu halten hat, ist die im Gesetz genannte ziffernmässige, in Geld ausgedrückte Summe nicht notwendig in Form von Kontenguthaben (dh in Form von Buchgeldguthaben bei EWR-Banken) zu halten (keine Zweckbindung der Finanzierung). Es ist zulässig, das Mindestkapital in beliebigen Sachen oder Rechten (zB Beteiligungen, Goldeinlagen) zu halten, die lediglich für Bilanzierungszwecke etc monetär bewertet werden (vgl auch Art 122 Abs 4 PGR<sup>9</sup>).

Betreffend die Qualität des Mindestkapitals ist **Art 4 TVTV**<sup>10</sup> beachtlich. Bemerkenswert ist, dass es sich hier formal nicht zwingend um bilanzielles Eigenkapital handeln muss und damit die üblichen aufsichtsrechtlichen Mindeststandards an Risikoabsorptionsmasse unterschritten werden. Mit Durchführung des Art 16 TVTG (Art 13 Abs 2 TVTG) ordnet Art 4 TVTV an, dass als Nachweis des erforderlichen Mindestkapitals schon gelten:

- a. eine aktuelle, nicht mehr als drei Monate alte Saldo-bestätigung eines Kapitaleinzahlungs- oder Sperrkontos einer Bank mit Sitz im EWR oder in der Schweiz;
- oder

- b. bei einer Sacheinlage in Form von Token: 1. eine aktuelle, nicht mehr als drei Monate alte Bewertung dieser Token durch einen von der FMA anerkannten Wirtschaftsprüfer oder eine von der FMA anerkannte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft; und 2. eine aktuelle, nicht mehr als drei Monate alte Bestätigung eines registrierten VT-Schlüssel- oder Token-Verwahrers, dass der Antragsteller tatsächlich über diese Token Verfügungsberechtigt ist.

Es ist der FMA ferner nicht verwehrt, auch sonstige »gleichwertige Bürgschaften oder Garantien« (wie etwa Bankgarantien) als Mindestkapital zu akzeptieren.

Die Vorgaben an die **Qualität des Mindestkapitals** von VT-Dienstleistern sind insgesamt **sehr milde** und nicht annähernd mit den Qualitätsstandards in anderen Aufsichtsgesetzen zu vergleichen. Auch gesellschaftsrechtliche Gläubigerschutzstandards erreicht Art 4 TVTV tlw nicht. Art 4 TVTV fordert nicht einmal die Einstufung als Eigenkapital und gibt sich sogar mit nichtbilanziellen Vermögenswerten (Sperrkonto, Garantien) zufrieden. Streng genommen muss es sich bei Mindestkapital iSd Art 16 TVTG somit nicht um Kapital nach allg. Verkehrsauffassung handeln. Allerdings bleibt die Vorgabe nach Art 16 TVTG von zentraler Bedeutung, wonach die das Mindestkapital der Geschäftsleitung **jederzeit uneingeschränkt** (zur Verlustdeckung [!]) zur Verfügung stehen muss. Die Erfüllung dieser Voraussetzung ist im Falle eines reinen Sperrkontos, dh bei ausstehender effektiver Einzahlung als bilanzielles Eigenkapital, grundsätzlich nicht gegeben. Auch die sonstigen Instrumente des Mindestkapitals erscheinen für einen effektiven Gläubigerschutz weitgehend ungeeignet zu sein. Spätestens bei Zweifel an der Bonität eines Garantiegebers (vgl Art 16 Abs 1 TVTG) kann nicht mehr von einer Gleichwertigkeit zu Mindestkapital ausgegangen werden. Auch die Variante der Refinanzierung über Token erscheint nicht Gläubigerschutzfreundlich, da diese rein auf den Marktwert bei Einbringung (bzw sogar drei Monate davor) abstellt und der Wert des Tokens seitdem wertlos (zB weil illiquid) sein könnte.

### III. Bezeichnungsschutz (Art 24 TVTG)

An die Registrierung knüpft Art 24 TVTG an, stellt aber für sich **keine Registrierungsvoraussetzung** dar. Die Norm, die dem **Konsumentenschutz** und damit der Sicherheit der Kunden/Nutzer von VT-Dienstleistern/VT-Dienstleistungen dient,<sup>11</sup> berechtigt **registrierte**

7 BuA 2019/93, 40f. Vgl auch BuA 2019/54, 227: »Handelt es sich beim VT-Dienstleister um eine juristische Person, so geht Art. 16 den Vorschriften zum Mindestkapital gemäss Art. 122 Abs. 1 PGR vor.« Dies gilt allerdings nur mit der Massgabe, dass Art 16 TVTG für bestimmte VT-Dienstleister tatsächlich abweichende Vorschriften über das Mindestkapital statuiert. Für VT-Protoktoren gilt Art 16 TVTG zB nicht.

8 Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) vom 20. Januar 1926, LGBl 1926.4.

9 BuA 2019/93, 41.

10 Verordnung vom 10. Dezember 2019 über Token und VT-Dienstleister (Token- und VT-Dienstleister-Verordnung; TVTV), LGBl 2019.349.

11 Vgl auch BuA 2019/54, 262, wonach die Bestimmung einerseits das Vertrauen der Allgemeinheit in ein funktionsfähiges Wirtschaftssystem und damit verknüpft die Sicherheit des Finanz-

**inländische VT-Dienstleister**, die berufsmässig VT-Dienstleistungen gem Art 2 Abs 1 Bst k–u iVm Art 12 Abs 1 TVTG erbringen, **geschützte Bezeichnungen** im Inland zu führen. Art 24 TVTG ergänzt firmenrechtliche Vorschriften des PGR (insb Art 1011ff) und geht ihnen als *lex specialis* vor. Soweit die Finanzmarktgesetze vergleichbare Bestimmungen enthalten (vgl zB Art 16 BankG<sup>12</sup>), sind diese von Finanzintermediären vorrangig einzuhalten.<sup>13</sup>

Ansonsten gelten für die Bildung und Verwendung der Firma eines VT-Dienstleisters im Inland, unter Berücksichtigung des ausländischen Gesellschaftsstatus bei Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen im Inland, die Vorgaben des PGR.

Art 24 TVTG untersagt, **geschützte Bezeichnungen**, »die eine Tätigkeit als VT-Dienstleister vermuten lassen, in der Firma, in der Bezeichnung des Geschäftszwecks und in der Geschäftsreklame« **zu verwenden**, wenn ein Unternehmen nicht als VT-Dienstleister registriert ist.

Aus Systematik und Gesamtzusammenhang der Bestimmung ergibt sich, dass sich das Verbot lediglich auf »weitere Bezeichnungen« (etwa in der Firma des Unternehmens), nicht aber auf blosse Bezeichnungsteile (zB Token-«) erstreckt.<sup>14</sup> Art 24 TVTG will damit das unerlaubte Führen der genannten Bezeichnungen, die einen Konnex zu VT-Dienstleistungen aufweisen (zB Token-Emittent, VT-Protector), in der Firma und sonstigen Verwendungsarten, die den Anschein erwecken können, dass das Unternehmen zur Erbringung von VT-Dienstleistungen berechtigt sei, verhindern.

Leges non distinguente bezieht sich der Bezeichnungsschutz des Art 24 Abs 1 TVTG auch auf solche Bezeichnungen, die diese **zusammengesetzt** enthalten wie zB Token- und Schlüssel-Verwahrer.

Wie diese Bezeichnungen im Geschäftsverkehr **verwendet** werden, ist aus Sicht der *ratio legis* **gleichgültig**.<sup>15</sup> Es ist daher irrelevant, ob eine geschützte Bezeichnung im Internet, in Presseaussendungen, auf Türschildern etc gebraucht werden (arg »Geschäftsreklame«).

Nicht von Art 24 Abs 1 TVTG **erfasst** ist jedoch der Fall, wenn nur eine Bezeichnung verwendet wird, in der

ein entsprechender **Wortteil** enthalten ist (zB »Token«). Dennoch wird man mit Blick auf das UWG<sup>16</sup> in jedem Einzelfall zu prüfen haben, ob sich nicht aus der verwendeten Bezeichnung eine Irreführung der beteiligten Verkehrskreise ergeben könnte, was etwa mit Blick auf Bezeichnungen, die zwar orthographisch nicht ident mit den geschützten Begriffen sind, aber aufgrund ihrer graphischen und/oder phonetischen Darstellung mit diesen **verwechselt** werden könnten (zB »Wechselstube«).

Ebenfalls **nicht** von der Schutzwirkung des Art 24 TVTG **umfasst** sind Bezeichnungen, die neutral gebraucht werden (können) und keinen unmittelbaren Bezug zu Art 2 Abs 1 Bst k–u TVTG (dh den regulierten VT-Dienstleistungen) aufweisen wie etwa die Begriffe »dezentrales Netzwerk«, »Blockchain«, »ICO«, »VT-System« etc. Diese Worte können etwa in Publikationen wie Presseaussendungen, Interneteinschaltungen etc problemlos verwendet werden.

Art 24 Abs 1 TVTG gestattet die Verwendung einer geschützten Bezeichnung nicht nur in deutscher Sprache, sondern auch von **Übersetzungen der Bezeichnungen** oder Teile derselben **in anderen Sprachen** (insb in Englisch). »Damit wird der Umstand berücksichtigt, dass das Anbieten bzw. die Nutzung von VT-Dienstleistungen generell einen internationalen Bezug, der sich über den deutschen Sprachraum hinaus erstreckt, aufweist.«<sup>17</sup>

Dienstleister, die keine Registrierungspflicht trifft, die jedoch berechtigt VT-Dienstleistungen erbringen (zB Token-Emittenten, die den Schwellenwert gem Art 12 Abs 2 TVTG nicht erreichen), dürfen geschützte Bezeichnungen gem Art 24 TVTG nicht in Liechtenstein (wohl aber im Ausland) verwenden. Dasselbe gilt für **ausländische Unternehmen** ohne Zweigniederlassung/Repräsentanz im Inland. Sie fallen generell nicht unter die Privilegierung des Art 24 Abs 1 TVTG. Ihnen ist es untersagt, geschützte Bezeichnungen im inländischen Geschäftsverkehr zu verwenden, wenn sie VT-Dienstleistungen im Inland erbringen.

Davon sind jene **Dienstleister** zu unterscheiden, die unter das **Übergangsregime** des Art 50 Abs 1 TVTG fielen. Solche Unternehmen durften ihre bisherigen Bezeichnungen bis zum Ablauf des 31. Dezember 2020 auch ohne Registrierung weiterverwenden (Art 50 Abs 1 Bst a TVTG).

Das Verbot des Art 24 Abs 1 TVTG wirkt absolut. **VT-Dienstleister, die ihre Berechtigung verlieren, VT-Dienstleistungen im Inland zu erbringen** (etwa wegen Zurücklegung, Entzug der Registrierung; vgl idZ zB Art 21 TVTG), müssen ihren **Firmenwortlaut** bei sonstiger

platzes gewährleisten will. Andererseits soll unlauterer Wettbewerb unterbunden werden: Geschützte Bezeichnungen sollen nur von dazu berechtigten VT-Dienstleistern geführt werden dürfen.

12 Gesetz vom 21. Oktober 1992 über die Banken und Wertpapierfirmen (Bankengesetz; BankG), LGBl 1992.108.

13 Art 24 TVTG positiviert ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB (so etwa zum vergleichbaren § 94 ö BWG ö OGH 7 Ob 532/95, ÖBA 1996, 289). Dies ist mit der *ratio* der Bestimmung zu begründen; es soll gerade der redliche Geschäftsverkehr geschützt werden. Daher ist ggfalls der durch das irreführende Vertrauen in eine rechtmässige Firmenwortlautführung erlittene Schaden zu ersetzen.

14 So auch BuA 2019/54, 262.

15 BuA 2019/54, 262.

16 Gesetz vom 22. Oktober 1992 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), LGBl 1992.121.

17 BuA 2019/54, 262.

Sanktion ändern. Einen »Grundsatz der Firmenkontinuität« gibt es im Anwendungsbereich des TVTG nicht.

**Verletzungen** der Vorgaben des Art 24 Abs 1 TVTG können nach Art 47 Abs 1 Bst b TVTG als **Vergehen** vom Landgericht mit **Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr** oder mit Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen bestraft werden.

Gem Art 24 Abs 2 TVTG kann die Regierung »*das Nähere über den Bezeichnungsschutz mit Verordnung regeln*«. Von ihrer entsprechenden Verordnungsermächtigung hat die Regierung bis dato keinen Gebrauch gemacht. In der TVTV, LGBI 2019.349, finden sich derzeit keine konkretisierenden Ausführungen zu Art 24 Abs 1 TVTG.

#### IV. Sicherungsmanagement (Art 25 TVTG)

In Konkretisierung des Art 17 Abs 1 TVTG verpflichtet Art 25 TVTG VT-Schlüssel-Verwahrer, VT-Token-Verwahrer und VT-Protektoren zur Einführung eines umfassenden Sicherungsmanagements (als Bestandteil ihres IKS gem Art 17 Abs 1 TVTG).

Diese VT-Dienstleister sind berechtigt, »**digitale Vermögenswerte**« ihrer Kunden zu **verwahren**. Das **Halten von Token** (Art 2 Abs 1 Bst c TVTG) und **VT-Schlüsseln** (Art 2 Abs 1 Bst e TVTG) unterliegt für sich jedoch keinen mit einer Einlagensicherung oder Anlegerentschädigung nach EAG<sup>18</sup> äquivalenten »**Sicherungsstandards**«, die Kunden vor Missbrauch oder Ansprüchen anderer Gläubiger eines VT-Dienstleistern etc im Krisenfall schützen.

Aus diesem Grund entschloss sich der Gesetzgeber, VT-Dienstleister, die fremde Vermögenswerte für Kunden verwahren, analog zu Art 56c BankG und vergleichbaren Regelungen zur Implementierung von adäquaten »**Sicherungsmaßnahmen**« zu verpflichten.<sup>19</sup> Dadurch sollen Nutzer bzw Kunden von VT-Dienstleistungen ua auch im Konkursfall geschützt werden.

**Adressat** des Art 25 TVTG (daher der Pflicht zur Einrichtung eines Sicherungsmanagements) sind nur jene registrierten und im VT-Dienstleisterregister gem Art 19 Abs 3 TVTG eingetragenen »**VT-Dienstleister**«, die berechtigt sind, Token oder VT-Schlüssel im eigenen bzw fremden Namen zu verwahren. Gemeint sind **Personen** oder **Unternehmen** gem Art 2 Abs 1 Bst m–o TVTG, also

- ▷ **VT-Schlüssel-Verwahrer,**
- ▷ **VT-Token-Verwahrer** und

- ▷ **VT-Protektoren,** wohl auch
- ▷ **VT-Agenten,** wenn sie die zuvor genannten Dienstleistungen für ausländische VT-Dienstleister erbringen (Art 2 Abs 1 Bst u TVTG).<sup>20</sup>

Das Gesetz verpflichtet VT-Protektoren bzw VT-Token- und Schlüssel-Verwahrer, das Vermögen ihrer Kunden von eigenen Vermögenswerten jederzeit **strikt zu trennen** (daran knüpft auch die internen Kontrollmechanismen gem Art 17 Abs 1 Bst c, d und f TVTG an, die die genannten VT-Dienstleister zwingend einrichten müssen).<sup>21</sup>

Token bzw VT-Schlüssel, die ein VT-Dienstleister auf fremde Rechnung verwahrt, stellen sohin jeweils kraft gesetzlicher Anordnung »**Fremdvermögen**« dar. Repräsentieren Token Finanzinstrumente iSd Anhang 2 Abschnitt C BankG, greift zudem Art 56c BankG als *lex specialis* ein.

Dies impliziert für VT-Dienstleister iS einer (gem Art 47 Abs 2 Bst e TVTG) sanktionsbewehrten Verhaltenspflicht nicht nur ein **Vermengungsverbot** mit »Eigenvermögen« (zB in einem Sammelbestand ohne jederzeitige Zuordnungsmöglichkeit), sondern auch, Fremdvermögen ohne anerkanntswerten Rechtsgrund zum Gegenstand von Transaktionen (zB Verpfändung des Token eines Kunden) zu machen.

Aus Art 25 TVTG folgt aber nicht, dass VT-Dienstleister Token oder VT-Schlüssel ihrer Kunden jeweils für sich getrennt verwahren müssten – eine **Sammelverwahrung** wird durch das Gesetz **nicht ausgeschlossen**, solange eine eindeutige Zuordnung einzelner Vermögenswerte zum einzelnen Rechtsinhaber (zB durch entsprechende VT-Schlüssel) möglich bleibt. Wohl aber sollte solch ein Vorgang mit den jeweiligen Kunden im Einzelfall zivilrechtlich abgestimmt sein.

Kunden, die Rechte an Token bzw VT-Schlüsseln innehaben, kommt

- ▷ im Rechtssicherungsverfahren (Art 270 ff EO<sup>22</sup>),
- ▷ bei der Zwangsvollstreckung über VT-Dienstleister (vgl zB Art 119 ff LVG<sup>23</sup>),

18 Gesetz vom 27. Februar 2019 über die Einlagensicherung und Anlegerentschädigung bei Banken und Wertpapierfirmen (Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz; EAG), LGBI 2019.103.

19 BuA 2019/54, 264.

20 UE nimmt Art 13 Abs 1a TVTG VT-Agenten zwar von der Pflicht aus, ein angemessenes internes Kontrollsystem zu errichten; allerdings ist diese Ausnahme nicht absolut. Der VT-Agent unterliegt jedenfalls den Sicherungsanforderungen des Art 25 TVTG. Jedenfalls lässt der gesetzliche Wortlaut des Art 25 TVTG, gemessen an Art 13 und Art 17 TVTG, keine andere Deutung zu. Ansonsten hätte der Gesetzgeber eine Ausnahme von Art 25 TVTG für VT-Agenten explizit anordnen müssen.

21 Für VT-Agenten gilt uE eine gleichgelagerte Pflicht. Wenn nämlich die Sicherungsanordnung gem Art 25 TVTG greifen soll, müssen sie wohl auch die darauf bezogenen Pflichten gem Art 17 TVTG zumindest sinngemäss einhalten.

22 Gesetz vom 24. November 1971 über das Exekutions- und Rechtssicherungsverfahren (Exekutionsordnung; EO), LGBI 1971.32.2.

23 Gesetz vom 21. April 1922 über die allgemeine Landesverwaltungspflege, LGBI 1922.24.

- ▷ im Nachlassvertragsverfahren gem NVG bzw in Verfahren gem Art 88 f IO<sup>24</sup> und
- ▷ im Konkursfall des VT-Dienstleisters

ein gesetzlicher **Aussonderungsanspruch** gegen den VT-Dienstleister bzw seinen Rechtsnachfolger zu (vgl auch Art 25 Abs 4 TVTG iVm Art 41 IO bzw Art 20 EO) und jeweils beim Landgericht geltend zu machen.

Dieser Anspruch der Kunden ist allerdings nur relativ ausgestaltet, steht er doch nach Art 25 Abs 1 bzw Abs 2 TVTG jeweils unter dem »Vorbehalt sämtlicher Ansprüche des VT-Dienstleisters gegenüber dem Kunden.« Dem VT-Dienstleister steht daher ein (einseitiges) **Aufrechnungsrecht** gegenüber seinen Kunden zu (§ 1438 ABGB<sup>25</sup>); ein Aufrechnungsverbot besteht nur nach Massgabe der §§ 1439 ff ABGB.

Treuhänderisch oder im Namen des Kunden gehaltene Token bzw VT-Schlüssel erhalten gesetzlich durch Art 25 Abs 1 bzw Abs 2 TVTG eine **qualifizierte Sonderstellung** zugewiesen und fallen nicht unter die Konkursmasse eines VT-Dienstleisters. Gleichsam können sie nicht Gegenstand eines Rechtssicherungs- bzw Zwangsvollstreckungs- oder Nachlassvertragsverfahrens über das Vermögen des VT-Dienstleisters sein.<sup>26</sup>

**Betroffene VT-Dienstleister** haben **angemessene technisch-organisatorische Vorkehrungen** zu treffen, um das Risiko, dass fremde Vermögenswerte ihrer Kunden oder die damit verbundenen Rechte aufgrund einer missbräuchlichen Verwendung der Vermögenswerte oder aufgrund von Betrug, schlechter Verwaltung, unzureichender Aufzeichnungen oder Fahrlässigkeit verloren gehen oder geschmälert werden, so gering wie möglich zu halten (vgl daran anknüpfend Art 17 Abs 1 Bst c, d und f TVTG betreffend das IKS der VT-Dienstleister).

Erfasste VT-Dienstleister sind daher zur Etablierung eines umfassenden **betrieblichen Sicherheitsmanagements** betreffend Token bzw VT-Schlüssel verpflichtet, wenn sie diese auf fremde Rechnung verwahren. Wie VT-Dienstleister dieser Verhaltenspflicht nachkommen, bleibt ihnen nach Massgabe des **Proportionalitätsgrundsatzes** selbst überlassen; sie müssen jedoch gem Art 25 Abs 3 TVTG auf Nachfrage der FMA erläutern können, welche Massnahmen sie implementiert haben bzw wie sie Risiken managen. Dieses **Sicherungskonzept** ist zu verschriftlichen bzw zu **dokumentieren** (Art 26 Abs 1 TVTG).

Aus dem Gesetz lassen sich bei systematisch-teleologischer Auslegung jedoch folgende **Eckpunkte** betreffend **Sicherungsmanagement** ableiten:

- ▷ Zwingende **getrennte Verwahrung** von Eigenvermögen des Dienstleisters und von Fremdvermögen, zB in mehreren separaten Wallets (wenn der VT-Dienstleister die Verwahrung selbst vornimmt).
- ▷ **Alternativ: Auslagerung** eines Teiles der zu verwahrenden fremden Vermögenswerte auf qualifizierte externe VT-Dienstleister (Art 27 TVTG) zwecks Risikostreuung (ähnlich der Verwahrstellenfunktion nach BankG).
- ▷ **Abschluss von Vereinbarungen** mit Kunden, wenn ihre fremden Vermögenswerte gesammelt mit anderen fremden Vermögenswerten verwahrt und verwaltet werden sollen (letztere müssen dem zustimmen);
- ▷ **Führung von aktuellen und vollständigen Aufzeichnungen** (Art 26 Abs 1 TVTG), die eine exakte und jederzeitige Zuordnung der fremden Vermögenswerte zu den einzelnen berechtigten Kunden ermöglichen;
- ▷ **Implementierung von technischen Sicherungsmassnahmen** nach dem anerkannten Stand der Technik (die Pflicht dazu kann sich schon aus den Art 24 ff DSGVO<sup>27</sup> ergeben);
- ▷ **Implementierung von Prozessen**, die eine **Verwendung von Fremdvermögen** nur unter bestimmten Bedingungen – die mit dem Kunden abgestimmt sind – ermöglichen;
- ▷ Entwicklung und Durchführung eines **standardisierten Informationsprozesses** (Information der Kunden über Art der Verwahrung und Sicherung ihrer Vermögenswerte);
- ▷ Einführung eines »**Krisenplanes**«: Wie wird mit fremden Vermögenswerten im Fall einer Zwangsvollstreckung oder eines Konkursfalles verfahren, zB bei aufzurechnenden Ansprüchen des VT-Dienstleisters (§ 1438 ABGB);
- ▷ Klare Zuordnung von verschiedenen Zuständigkeiten/Verantwortlichkeiten innerhalb des VT-Dienstleisters (Trennung der Berechtigungen bei Verwaltung von Eigen- und Fremdvermögen, »**chinese walls**«);
- ▷ Durchführung von Mitarbeiterschulungen.

VT-Dienstleister müssen in der Lage sein, der FMA »während des laufenden Geschäftsbetriebes auf Verlangen nachzuweisen«, wie sie das Sicherheitsmanagement implementiert haben und wie es funktioniert. Dieser **Nachweis** muss nach der ratio legis **schriftlich** erbracht werden (vgl zur Dokumentationspflicht des Dienstleisters Art 26 TVTG). Der Nachweis ist der FMA infolge einer Anfrage (arg »Verlangen«) **umgehend** und nicht erst

24 Gesetz vom 17. Juli 1973 über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung; IO), LGBl 1973.45.2.

25 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811, LGBl 1003.1.

26 Vgl auch BuA 2019/54, 264.

27 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl 2016 L 119, 1.

zwei Wochen nach Anfrage zu **übermitteln** (letzteres wäre nicht im Sinne des Gesetzes).

Erachtet die FMA das bestehende Sicherungsmanagement als **unzureichend** oder ist der VT-Dienstleister nicht »auf Knopfdruck« in der Lage, einen **geeigneten Nachweis** zu erbringen, stehen der FMA folgende **Reaktionsmassnahmen** zu Verfügung:

- ▷ Erteilung eines **Verbesserungsauftrages** unter Fristsetzung (vgl auch Art 21 Abs 1 TVTG); die erteilte Verbesserungsfrist sollte so bemessen werden, dass der VT-Dienstleister in der Lage ist, die festgestellten Mängel rasch zu beseitigen. Dieser Auftrag kann nach Art 126 LVG iVm Art 25 Abs 2 FMAG<sup>28</sup> vollstreckt werden.
- ▷ Bestellung eines **Sachverständigen** (zB eines geeigneten Wirtschaftsprüfers), welcher die Beseitigung der Mängel überwacht und der FMA berichtet (Art 43 Abs 5 TVTG).
- ▷ Parallel und unabhängig davon **Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens** (Art 47 Abs 2 Bst e TVTG).

Stellt die FMA fest, dass ein VT-Dienstleister von Anfang kein Sicherungsmanagement implementiert hatte oder das Sicherungsmanagement trotz Verbesserungsauftrages und Vollstreckungsmassnahmen nicht umgesetzt bzw festgestellte Mängel nicht behoben wurden, erfüllt der VT-Dienstleister zugleich nicht mehr alle der gesetzlich vorgesehenen Registrierungs Voraussetzungen (Art 13 Abs 1 Bst f TVTG). Die FMA hat diesfalls als ultima ratio die **Registrierung zu widerrufen**, wenn der rechtmässige Zustand nicht hergestellt wurde (Art 21 Abs 1 TVTG).

Verletzungen der Vorgaben des Art 25 TVTG sind nach Art 47 Abs 2 Bst e TVTG mit **Geldbussen von bis zu CHF 100.000** bedroht. Dies lässt die Verhängung von Sanktionen nach anderen Gesetzen bzw unmittelbar anwendbaren EWR-Verordnungen (etwa Art 83 DSGVO) unberührt.

## V. Aufbewahrung von Unterlagen (Art 26 TVTG)

Art 26 Abs 1 TVTG verpflichtet **registrierte VT-Dienstleister** (Art 12 iVm Art 19 Abs 3 TVTG) mit Sitz/Wohnsitz im Inland, alle relevanten **Geschäftsunterlagen** und -vorgänge für 10 Jahre hindurch **aufzuzeichnen** bzw **aufzubewahren**. Ebenfalls erfasst werden während der Übergangsfrist des Art 50 Abs 1 TVTG (zwölf Monate ab Inkrafttreten des TVTG) die dort genannten Unternehmen, die VT-Dienstleistungen im Inland erbringen. Art 26 Abs 1 TVTG dient der **Effektuierung der Staats-**

**aufsicht** über VT-Dienstleister (arg »für aufsichtsrechtliche Zwecke«, Art 26 Abs 1 TVTG) durch die FMA (Art 39 TVTG). Die Bestimmung positiviert aber keine gesonderte Registrierungs Voraussetzung.

Das Gesetz präzisiert Art, Umfang und Qualität der aufzubewahrenden Unterlagen/Belege nicht näher; es spricht allgemein von aufsichtsrechtlich relevanten Aufzeichnungen und Belegen. VT-Dienstleister haben daher im Zweifel **alle relevanten Vorkommnisse**, die mit ihrem Unternehmen in einem Zusammenhang stehen und einen sachlichen Bezug zu ihrer Tätigkeit als VT-Dienstleister (dh zu den von ihnen erbrachten VT-Dienstleistungen) aufweisen könnten, **aufzuzeichnen** bzw alle dementsprechend **relevanten Geschäftsdokumente aufzubewahren**; dies, wenn diesen Aufzeichnungen und Unterlagen **aufsichtsrechtliche Bedeutung** zukommen könnte (zB Protokolle von Geschäftsleitersitzungen). Was allerdings idS »bedeutsam« ist, entscheidet letztlich nicht der VT-Dienstleister, sondern bei Abgrenzungsfragen die FMA.

Daher können auch solche Unterlagen aufzubewahren sein, die erst auf den »zweiten Blick« mit den erbrachten VT-Dienstleistungen zu tun haben. Zu denken ist zB an übliche **gesellschaftsrechtliche Sachverhalte** wie etwa die Verlegung des Geschäftssitzes, der Austausch eines Mitglieds der Geschäftsleitung etc. Ankündigungen über Wochenmenüs in der Unternehmenskantine, Umbaupläne für die Unternehmenszentrale etc fallen hingegen nicht unter Art 26 Abs 1 TVTG.

Erfasst werden insoweit die **gängige Geschäftskorrespondenz des VT-Dienstleisters und seine Rechnungsbelege**, Daten zu Bilanzen, Protokolle über Organsitzungen, Belege über Risikoabklärungen und Geschäftsstrategien, Dokumentationen nach Art 20 SPG,<sup>29</sup> Aufzeichnungen über Kundenberatungen, übliche Steuerunterlagen, Vertragsdokumente etc.

Aus Sicht der ratio legis ist Art 26 Abs 1 TVTG extensiv auszulegen.

Weder das TVTG noch die TTVV enthalten, abgesehen vom Gebot der Vollständigkeit bzw der Frage der Speicherdauer, präzisierende Angaben, wo, wie und **in welcher (technischen) Form VT-Dienstleister ihre Aufzeichnungspflichten erfüllen sollen**. Allerdings gelingt durch eine systematische Zusammenschau mit funktionell vergleichbaren Vorgaben der Art 24 ff EU-DSGVO und Art 20 SPG iVm Art 28 SPV<sup>30</sup> – um ausgewählte Beispielregelungen zu zitieren – folgende Präzisierung:

28 Gesetz vom 18. Juni 2004 über die Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FMAG), LGBI 2004.175.

29 Gesetz vom 11. Dezember 2008 über berufliche Sorgfaltspflichten zur Bekämpfung von Geldwäscherei, organisierter Kriminalität und Terrorismusfinanzierung (Sorgfaltspflichtgesetz; SPG), LGBI 2009.47.

30 Verordnung vom 17. Februar 2009 über berufliche Sorgfaltspflichten zur Bekämpfung von Geldwäscherei, organisierter Kriminalität und Terrorismusfinanzierung (Sorgfaltspflichtverordnung; SPV), LGBI 2009.98.

- ▷ Die relevanten Dokumente und Aufzeichnungen müssen **vollständig** (möglichst im Original, soweit keine elektronische Verarbeitung erfolgt), geordnet, sachlich richtig und unverfälscht vorliegen.
- ▷ Aufsichtsrechtlich relevante Aufzeichnungen und Belege sind nach dem Stand der Technik »sicher« **aufzuzeichnen** und **aufzubewahren**; dh, Unbefugte dürfen keinen Zugriff auf diese Unterlagen bzw Aufzeichnungen erhalten. Unterlagen sind gegen Verfälschung zu schützen. Umgekehrt ist sicherzustellen, dass Mitglieder des Leitungsorgans des Dienstleisters und andere »Schlüsselpersonen« jederzeit Zugriff auf diese Unterlagen haben.
- ▷ Die **Aufbewahrung** hat an einem sicheren und »passenden« Ort – nicht notwendig im Inland – dergestalt zu erfolgen, dass VT-Dienstleister, Behörden und Gerichte jederzeit im Inland auf relevante Unterlagen zugreifen können. Dieser Aufbewahrungsort (bzw Serverstandort einer Cloud) kann auch im EWR oder in einem »sicheren Drittstaat« (zB der Schweiz) gelegen sein.
- ▷ Die Aufbewahrung hat derart zu erfolgen, dass Informationsbegehren (zB der Aufsichtsbehörde und den Gerichten) von dazu berechtigten Personen innerhalb angemessener Frist vollständig erledigt werden können.
- ▷ Die Aufbewahrung hat dergestalt zu erfolgen, dass sie FMA und anderen Aufsichtsbehörden oder Gerichten bzw Sachverständigen **jederzeit ein zuverlässiges Urteil** über die Einhaltung der Bestimmungen des TVTG und der TVTV ermöglichen; sie müssen daher im Idealfall »auf Knopfdruck« verfügbar sein.
- ▷ Die Unterlagen/Belege müssen in einem **Format** (Papier, elektronisch gespeichert, Cloud, etc) aufbewahrt werden, das gewährleistet, dass dadurch die Übereinstimmung mit den zugrunde liegenden Unterlagen gewährleistet ist; sie jederzeit verfügbar sind und sie jederzeit lesbar gemacht werden können.

Auch wenn dies nicht explizit im Gesetz verankert ist, kann der durch Art 26 Abs 1 TVTG verfolgte Zweck nur dann eingehalten werden, wenn VT-Dienstleister die eingesetzten Ablagesysteme, **Datenträger** bzw -systeme, wie auch Cloud-Lösungen, periodisch auf ihre Integrität, Funktionsfähigkeit und Lesbarkeit **prüfen**. Auch dies sollte im Zweifel dokumentiert werden.

Das Gesetz verpflichtet VT-Dienstleister, aufsichtsrelevante Dokumente **mindestens zehn Jahre** hindurch **aufzubewahren**. Die Aufbewahrungsfrist beginnt ab Abschluss des zugrunde liegenden Sachverhalts/Geschäftsfalls zu laufen. Eine Löschung oder Vernichtung von Unterlagen vor Ablauf der Zehnjahresfrist ist unzulässig; Art 26 Abs 1 TVTG positiviert daher eine **Mindestfrist, die nicht unterschritten** werden darf.

Sind in den Unterlagen personenbezogene Daten gespeichert, sind **Löschungsansprüche** Betroffener während der Zehnjahresfrist **nicht zulässig** (Art 17 Abs 3 Bst b DSGVO). Genauso wenig kann sich ein Betroffener, etwa in Gerichtsverfahren, während der Zehnjahresfrist rechtmässig auf sein Grundrecht auf Privatsphäre (Art 8 Abs 1 EMRK) berufen, um gegenüber VT-Dienstleistern die Vernichtung, Herausgabe oder Löschung von Unterlagen zu erzwingen.

Nach **Ablauf der Zehnjahresfrist** hat der VT-Dienstleister **zu evaluieren**, ob er Unterlagen länger aufbewahren muss (vgl etwa Art 5 Abs 1 Bst c und d DSGVO). Dies kann etwa zur Geltendmachung von Rechtsansprüchen erforderlich sein oder weil eine rechtliche Pflicht zur darüberhinausgehenden Aufbewahrung besteht (zB, weil eine Aufsichtsbehörde die weitere Aufbewahrung für laufende Verfahren angeordnet hat).

Besteht allerdings keine Pflicht zur längeren Aufbewahrung mehr, hat der VT-Dienstleister die Unterlagen zu löschen bzw zu vernichten.

Lege non distinguente ist davon auszugehen, dass die Frist zur Aufbewahrung bei **Dauerrechtsverhältnissen** mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem das Rechtsverhältnis geendet hat, in den **übrigen Fällen mit Ablauf des Kalenderjahres**, in dem der VT-Dienstleister letztmalig in der betreffenden Angelegenheit tätig gewesen ist, **zu laufen beginnt** (vgl etwa die gleichgelagerte Bestimmung des Art 33 Abs 1 FMAG).

Gem **Art 26 Abs 2 TVTG** bleiben besondere gesetzliche Pflichten vorbehalten. **Vorbehalten** meint idZ, dass diese besonderen Pflichten »unberührt bleiben« und zT parallel anzuwenden sein können bzw in Teilen dem TVTG vorgehen. Art 26 Abs 2 TVTG erfasst **Regelungen**, die ebenfalls **Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten von VT-Dienstleistern determinieren** (vgl zB Art 17 SteG;<sup>31</sup> Art 1045 ff PGR). Über besondere gesetzliche Pflichten hinaus erfasst Art 26 Abs 2 TVTG uE auch auf Verordnungsstufe geregelte Aufzeichnungspflichten, soweit diese in Durchführung eines spezifischen Gesetzes, das dem TVTG in der Sache vorgeht, erlassen wurden (vgl etwa Art 8 f BankG iVm Art 31c BankV).

»**Vorbehalten bleiben**« nach der ratio legis daher nur jene speziellen Pflichten, die VT-Dienstleister zur Aufbewahrung von Unterlagen für einen spezifischen Zeitraum oder auf bestimmte Art und Weise verpflichten und damit über die allgemeinen Vorgaben des Art 26 TVTG hinausgehen. Dies gilt bspw für Art 1046 Abs 3 und 4 PGR, wonach Aufzeichnungen vollständig, richtig und zeitgerecht erfolgen müssen; diese dürfen nicht verändert werden.

31 Gesetz vom 23. September 2010 über die Landes- und Gemeindesteuern (Steuergesetz; SteG), LGBl 2010:340.



Ein VT-Dienstleister kann die Aufbewahrung von Unterlagen und Belegen unter Einhaltung der Vorgaben des Art 27 TVTG auf **externe Dienstleister** im In- und Ausland auslagern, sofern das gesetzliche Ziel eingehalten wird (man denke etwa an Cloudlösungen). Eine Anzeige einer solchen Auslagerung ist nach TVTG nicht erforderlich. In diesem Fall können jedoch spezielle Vorgaben für Auslagerungen, etwa nach Art 28 DSGVO, zu beachten sein.

Verletzungen der Vorgaben des Art 26 Abs 1 TVTG sind nach Art 47 Abs 2 Bst f TVTG mit **Geldbussen von bis zu CHF 100.000** bedroht. Dies lässt die Verhängung von Sanktionen nach anderen Gesetzen bzw EWR-Verordnungen (etwa Art 83 DSGVO) unberührt.

## VI. Auslagerung von Aufgaben (Art 27 TVTG)

In einer zunehmend digitalisierten, arbeitsteiligen Gesellschaft bearbeitet ein VT-Dienstleister in der Regel nur mehr Teile seiner Arbeitsprozesse bzw Projekte eigenständig. Zunehmend werden Arbeitsabläufe und Tätigkeiten aus Kosten- und anderen Gründen auf **externe Dienstleister ausgelagert** bzw übertragen (zB die Rechtsberatung, die Datenspeicherung in einer Cloud, der Betrieb einer Webseite).

Damit das Zusammenspiel zwischen VT-Dienstleister und externen »Gehilfen«, auf die betriebliche Aufgaben ausgelagert werden, möglichst nach einheitlichen Bedingungen funktioniert und das **Risiko einer Auslagerung »steuerbar«** bleibt, sah sich der Gesetzgeber veranlasst, in Art 27 TVTG einen **allgemeinen Rahmen** für entsprechende **Auslagerungen** bei VT-Dienstleistern vorzugeben. Dem entsprechen etwa Art 24 ZDG<sup>32</sup> und Art 14a BankG iVm Art 35 BankV.<sup>33</sup>

Art 27 TVTG erfasst »**VT-Dienstleister**«, die Dienstleistungen gem Art 2 Abs 1 Bst k-u iVm Art 12 Abs 1 TVTG im Inland erbringen, durch die FMA **registriert wurden** und im VT-Dienstleisterregister eingetragen sind. **Ausländische Unternehmen** ohne Zweigniederlassung/Repräsentanz im Inland **fallen generell nicht unter Art 27 TVTG**, selbst wenn sie VT-Dienstleistungen in Liechtenstein erbringen.

Darüber hinaus erfasst Art 27 TVTG jene **Dienstleister**, die unter das **Übergangsregime** des Art 50 Abs 1 TVTG fallen (beachte den Verweis des Art 50 Abs 1 Bst a TVTG auf Art 27 leg cit).

Der **Begriff »Auslagerung«** ist weder im TVTG noch in der TVTV legal definiert worden. Von einer **Auslager-**

**ung** gem Art 27 TVTG spricht man, wenn ein staatlich beaufsichtigtes Unternehmen betriebliche Aufgaben an ein anderes externes Unternehmen ausserhalb des Konzerns/der Unternehmensgruppe überträgt, die es sonst selbst erledigt hätte. Die Auslagerung muss Aktivitäten und Prozesse betreffen, die **im engen Zusammenhang mit regulierten, VT-Dienstleistern vorbehaltenen Tätigkeiten** stehen.

Erledigt daher ein externer Auftragnehmer/Dienstleister eine spezifische Aufgabe oder Tätigkeit nach Massgabe und im Rahmen von Weisungen des VT-Dienstleisters (als Auftraggeber) und kommt dem externen Dienstleister dabei **kein nennenswerter Ermessens- bzw Gestaltungsspielraum** zu, liegt eine Auslagerung idS Art 27 TVTG vor.

Grundlage für eine Auslagerung ist stets eine **schriftliche Auslagerungsvereinbarung**.

IdS definiert etwa Art 35 iVm Anhang 6, I.A.2. BankV eine Auslagerung wie folgt: »*Outsourcing (Auslagerung von Geschäftsbereichen) im Sinne der vorliegenden Richtlinien liegt vor, wenn eine Unternehmung eine andere Unternehmung (Dienstleister) beauftragt, selbstständig und dauernd eine für die Geschäftstätigkeit der Unternehmung wesentliche Dienstleistung wahrzunehmen.*«

**Nicht** von Art 27 TVTG **erfasst** werden sog »**Funktionsübertragungen**«. Eine solche liegt bspw vor, wenn ein VT-Dienstleister spezielle und fremde Fachleistungen von eigenständig bleibenden Spezialisten in Anspruch nimmt, zB von Steuerberatern, Rechtsanwälten oder Wirtschaftsprüfern. Diesen verbleiben erhebliche Entscheidungsspielräume bei der Aufgabenerfüllung.

Eine von Art 27 TVTG nicht erfasste Funktionsübertragung liegt ausserdem vor, wenn in einem Konzern rechtlich relevante Funktionen von Tochtergesellschaften zentralisiert auf die Konzernmutter oder vice versa übertragen werden (zB die Personalverwaltung, das Risikomanagement oder die Compliance-Funktion).

Von einer Auslagerung, etwa der Datenverarbeitung auf Cloud-Dienstleister, sind wiederum »**Serviceverträge**« zu unterscheiden, in denen es nicht zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten nach den Vorgaben des Auftraggebers kommt; man denke etwa an die technische Wartung der Unternehmensinfrastruktur durch externe Gewerbetreibende (zB Arbeiten an der Stromzufuhr, der Kühlung, der Heizung): Solche Verträge fallen zumeist nicht unter Art 27 TVTG.

Das Gesetz unterscheidet in Art 27 Abs 1 TVTG zwischen **wichtigen** und **nicht wichtigen betrieblichen Aufgaben**, ohne diese Begriffe näher zu präzisieren (auch auf Verordnungsstufe finden sich dazu keine Präzisierungen). Das Gesetz enthält idZ keinen Hinweis darauf, welche Aufgabe überhaupt *nicht auslagerbar* sind. Aus der Systematik und der ratio legis ergibt sich zunächst, dass alles, was »nicht wichtig« bzw wesentlich ist, grds

<sup>32</sup> Zahlungsdienstegesetz (ZDG) vom 6. Juni 2019, LGBI 2019.213.

<sup>33</sup> Verordnung vom 22. Februar 1994 über die Banken und Wertpapierfirmen (Bankenverordnung; BankV), LGBI 1994.22.

ausgelagert werden *kann* – eine Grenze muss man iSd ratio legis zunächst dort ziehen, wo das Unternehmen zur »Briefkastengesellschaft« (**shell company**) mutieren würde, dh ausser der Auswechslung des Türschildes kein Prozess mehr durch den VT-Dienstleister selbst erbracht würde; das hatte der Gesetzgeber nicht im Sinn.

Daher gilt: Für die Auslagerung von »nicht wichtigen Aufgaben« sind die Schranken des Art 27 Abs 1 und 2 TVTG allgemein nicht von Bedeutung und daher prinzipiell nicht anzuwenden; wohl aber hat der VT-Dienstleister die Vorgaben des Art 27 Abs 3 zu beachten und auch hier angemessene Steuerungsvorgaben zwecks Risikobegrenzung zu implementieren.

Demgegenüber muss der Auslagerung einer wesentlichen Aufgabe nach den Vorgaben des Gesetzes ein mehrstufiger Beurteilungs- bzw Einschätzungsprozess im Unternehmen vorausgehen. Art 27 Abs 2 TVTG definiert eine betriebliche **Aufgabe** als **wesentlich** (»wichtig«), wenn »deren unzureichende oder unterlassene Wahrnehmung die kontinuierliche Einhaltung der Verpflichtungen des VT-Dienstleisters nach diesem Gesetz oder seine finanzielle Leistungsfähigkeit wesentlich beeinträchtigen würde«.

Eine Konkretisierung dieser Definition gelingt, wenn man die in Art 27 Abs 1 Bst a–c TVTG enthaltenen aufsichtsrechtlichen Beurteilungskriterien in die Betrachtung einbezieht. Daraus ergibt sich, dass eine **Aufgabe** dann **wesentlich** (»wichtig«) ist, wenn sie Einfluss auf

- ▷ die Qualität der internen Kontrolle des Unternehmens,
- ▷ die Pflichten des VT-Dienstleisters (etwa gegenüber seinen Nutzern/Kunden) oder
- ▷ die (Qualität der) Aufsichtstätigkeit der FMA haben könnte.

Vgl auch idZ die Definition des Art 35 iVm Anhang 6, I.A.2. BankV, die hier hilfsweise herangezogen werden kann: »Wesentlich... sind Dienstleistungen, welche sich insbesondere auf die Erfassung, Begrenzung und Überwachung von Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie operationellen und rechtlichen Risiken auswirken«. Relevant sind damit nicht nur »gesetzliche«, sondern auch »vertragliche« Verpflichtungen, insb gegenüber Kunden bzw Usern.

Hätte daher eine Auslagerung einer solchen wichtigen Tätigkeit erhebliche **negative Auswirkungen** auf das **interne Kontrollsystem** des Unternehmens gem Art 17 Abs 1 TVTG (etwa die interne Revision) oder würde durch eine Auslagerung die Aufsichtstätigkeit der FMA behindert, wäre ein solcher Vorgang nicht zulässig.

Dasselbe gilt, wenn durch eine Auslagerung die permanente Einhaltung der Registrierungs Voraussetzungen nicht mehr gewährleistet wäre.

Das Gesagte führt daher zu der Auffassung, dass eine bestimmte – gesetzlich nicht näher umreissbare – **Summe an Kernaufgaben vom VT-Dienstleister an seinem Geschäftssitz selbst erbracht werden muss**. Das wird etwa dadurch gewährleistet, dass das Unternehmen über einen (in Abhängigkeit von den erbrachten VT-Dienstleistungen zu sehenden) **eigenen Mitarbeiterstock** bzw eine Mindeststumme an relevanten Fach- und Serviceeinheiten verfügt und das Unternehmen durch diese bestimmte Unternehmensaufgaben selbst erbringt.

**Welche betrieblichen Aufgaben idS** (dh zunächst aus seiner Sicht) **»wesentlich«** sind, hat der VT-Dienstleister anhand einer **Risikoanalyse** intern selbst vorab zu ermitteln und zu dokumentieren (Art 27 iVm Art 26 Abs 1 TVTG). Ausschlaggebend dafür, ob eine betriebliche Aufgabe als wesentlich zu qualifizieren ist, hängt vom Risikogehalt und der Komplexität der auszulagernden Aufgabe, ihrem Umfang, den damit verknüpften Reputationsrisiken (ua infolge mangelhafter Leistung des externen Dienstleisters), etc ab.

Aus der so ermittelten Summe der betrieblichen Aufgaben ragen zunächst einzelne Aufgaben und Funktionen heraus, die nach der ratio legis definitiv **nicht auslagerungsfähig** sind (vgl auch BuA 2019/54, 269): Das sind etwa

- ▷ die Aufgaben des Aufsichts- bzw **Verwaltungsrats** (Oberleitung im Unternehmen, Kontrolle der Geschäftsleitung),
- ▷ die Aufgaben und Verantwortung der **Geschäftsleitung** sowie
- ▷ alle Funktionen, die das **Fällen von strategischen Entscheidungen** umfassen.

**Auch systemrelevante Aufgaben des Riskmanagements, der Compliance oder der Internen Revision** dürfen **nicht geschlossen ausgelagert** werden. Es muss stets ein Mindestbestand an Kontrollfunktionen (inkl 4-Augen-Prinzip und Möglichkeit der Überprüfung der Leistung eines Outsourcing-Providers) im Unternehmen verbleiben. Nichts anderes gilt für alle Kernprozesse rund um die zu erbringende VT-Dienstleistung: Ein VT-Schlüsselverwahrer wird daher die Verwahrdienstleistung idR eigenständig zu erbringen haben.

Andere Aufgaben, die ein VT-Dienstleister nach entsprechender Risikoanalyse nicht als »auslagerungsfest« identifiziert hat, können als **wesentlich** oder unwesentlich qualifiziert werden. Dies mit der Konsequenz, dass wesentliche Aufgaben *bei Bedarf* ausgelagert werden *können*, wenn **drei Voraussetzungen** kumulativ erfüllt sind (Art 27 Abs 1 TVTG); das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat der VT-Dienstleister zu dokumentieren (Art 26 Abs 1 TVTG):

- ▷ Ihre Auslagerung hat keine Auswirkungen auf die aufrechte Registrierung des VT-Dienstleisters;

- ▷ Die Pflichten und die Funktionsfähigkeit des IKS des Dienstleisters werden ebenfalls nicht wesentlich beeinträchtigt.
- ▷ Die Aufsicht durch die FMA wird nicht beeinträchtigt.

Ergibt daher die interne Risikoeinschätzung, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann eine wesentliche betriebliche Aufgabe ausgelagert werden.

Eine weiterführende Orientierung gelingt ausserdem, wenn man Art 35 iVm Anhang 6, III.15. BankV in die Betrachtung einbezieht, der exemplarisch folgende »**nicht wichtigen Aufgaben**« aufzählt, die jedenfalls ausgelagert werden können:

- ▷ Lohn-, Gehalts- und Bonusabrechnungen für Mitarbeitende;
- ▷ Beschäftigung von ausgeliehenen (temporären) Arbeitskräften;
- ▷ Betreuungsdienstleistungen für ins Ausland entsandte Mitarbeiter;
- ▷ Kantine und Restaurationsbetriebe;
- ▷ Allgemeine Service- und Unterstützungsleistungen wie beispielsweise Reinigungsdienst, Unfallverhütung, Brandschutz usw.;
- ▷ Massnahmen für die technische und physische Sicherheit von Gebäuden;
- ▷ Verwaltung, Unterhalt und Verkauf eigener Gebäude.

Zusätzlich nennt Art 35 iVm Anhang 6, III.15. BankV »**wichtige Aufgaben**«, die nur bei Einhaltung der zuvor angesprochenen Voraussetzungen, dh nach entsprechender Risikoanalyse, ausgelagert werden können:

- ▷ Zahlungsverkehr;
- ▷ Teilnahme an Zahlungssystemen;
- ▷ Datenaufbewahrung und -speicherung;
- ▷ Betrieb und Unterhalt von Datenbanken;
- ▷ Betrieb von Informationstechnologie-Systemen;
- ▷ Erwerb von Softwarelizenzen;
- ▷ Support durch Software;
- ▷ Einzelne Aufgaben des Riskmanagements wie Funktionen gemäss SPG;
- ▷ Stammdatenverwaltung und Rechnungswesen;
- ▷ Finanzreporting;
- ▷ Erstellung und Aktualisierung von Kundenadressen oder Kundenprofilen;
- ▷ Druck und Versand von Geschäftsdokumenten.

**Wie intensiv eine einzelne Auslagerung letztlich ausfallen darf, um noch rechtmässig zu sein, wird im Gesetz nicht genau festgelegt.** Solches kann das Gesetz auch nicht leisten. Generell sind Pauschalaussagen im Einzelfall, dass es etwa (un)zulässig sei, aus Kosteneinsparungserwägungen 75% der Unternehmensprozesse ins Ausland auszulagern, von vornherein verfehlt, weil es die ratio legis nicht korrekt widerspiegelt.

Es kann nämlich Geschäftsbereiche geben, die gänzlich durch externe Dienstleister erbracht werden können (wie zB Marketing, Rechtsberatung), solange die Geschäftsleitung über die finale Entscheidungsgewalt und Verantwortung verfügt.

Die Entscheidung über die Zulässigkeit und die Reichweite der einzelnen Auslagerung liegt daher im Ergebnis beim VT-Dienstleister. Er hat klare Prozesse und Vorgaben für die Verantwortlichkeiten bzw Überwachung der auszulagernden Geschäftsprozesse festzulegen und zu dokumentieren.

VT-Dienstleister, die betriebliche Aufgaben auslagern, haben – ungeachtet dessen, ob die übertragene Aufgabe wichtig ist oder nicht –, »*angemessene Vorkehrungen zu treffen, um zu gewährleisten, dass die Anforderungen dieses Gesetzes erfüllt werden*« (Art 27 Abs 3 TVTG). Was sich der Gesetzgeber exakt erwartet, wird weder im Gesetz noch in den Erläuterungen präzisiert. In BuA 2019/93, 50 führt die Regierung aus: »*Welche angemessenen Vorkehrungen im Rahmen einer Auslagerung von betrieblichen Aufgaben zu treffen sind, hängt in erster Linie davon ab, welche Aufgaben im konkreten Einzelfall ausgelagert werden und bemisst sich nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Dabei sind insbesondere das konkrete Geschäftsmodell und die daraus resultierenden Risiken (z.B. für die Vertragspartner der VT-Dienstleister), aber auch die Leistungsfähigkeit des VT-Dienstleisters zu berücksichtigen. Zudem sind Vorkehrungen im Hinblick auf das Informationsmanagement sowie die Gewährleistung der Datensicherheit und der Rechtmässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten zu treffen.*«

Als eine von mehreren denkbaren Massnahmen iSd Art 27 Abs 3 TVTG bietet es sich an, dass VT-Dienstleister und externer Dienstleister eine **schriftliche Auslagerungsvereinbarung** treffen, die beide Seiten gebotenfalls kündigen können (iSd etwa Art 35 iVm Anhang 6 II.13 BankV). Darin sind die **wichtigsten Rahmenbedingungen** für die Durchführung der ausgelagerten Aufgabe festzulegen. Insbesondere muss aus der Vereinbarung hervorgehen, dass der externe Dienstleister mit der gebotenen Professionalität und Sorgfalt vorgehen muss. Zudem sollte eine klare Aufteilung der Rechte und Pflichten zwischen dem VT-Dienstleister und seinem externen Dienstleister vorgenommen werden.

In der Vereinbarung können ua folgende **Eckpunkte** geregelt werden (vgl etwa Art 35 iVm Anhang 6 BankV; Art 28 DSGVO; Anlage zu § 25 ö BWG):

- ▷ Klare Abgrenzung der zu erbringenden Leistungen;
- ▷ Festlegung der einzuhaltenden Standards;
- ▷ Garantien des Dienstleisters zur Fähigkeit, die ausgelagerten Tätigkeiten zu erbringen;
- ▷ Festlegung von Informations-, Weisungs-, Einschauf- und Prüfungsrechten des VT-Dienstleisters;

- ▷ Festlegung von Berichtspflichten des externen Dienstleisters;
- ▷ Fragen der Verschwiegenheitspflichten;
- ▷ Fragen des Datenschutzes und der Datensicherheit;
- ▷ Recht zur Kündigung der Vereinbarung, etwa bei mangelhafter Auftragserbringung;
- ▷ Vertragslaufzeit;
- ▷ gegebenenfalls Vertragsstrafen;
- ▷ Haftungsregelungen;
- ▷ Vergütung des externen Dienstleisters;
- ▷ Regelungen zur Anpassung der Auslagerungsvereinbarung auf Grund geänderter Geschäftsbedingungen oder geänderter rechtlicher Vorgaben;
- ▷ Regelungen über einen »Notfallsplan« (dazu sogleich im Text);
- ▷ Regelungen über die Möglichkeit einer »Subauslagerung«.

Neben der Auslagerungsvereinbarung sollte der VT-Dienstleister auch einen **Notfallsplan** als weitere essentielle Massnahme iSd Art 27 Abs 3 TVTG verabschieden. Darin sollten jene Prozesse geregelt werden, die greifen, wenn ein externer Dienstleister seine Aufgaben nicht oder mangelhaft erfüllt (zB Möglichkeit, einen anderen Dienstleister einzusetzen, Recht der Vertragskündigung), wenn Katastrophen eintreten (zB ein Data Breach) und wie die Sicherheit der eingesetzten Systeme bzw die Datenintegrität gewährleistet werden kann.

Letztlich sollte der VT-Dienstleister auch definieren, welche Person im Unternehmen projektverantwortlich ist und als Ansprechperson für den externen Dienstleister agiert. Mutatis mutandis sollten diese Funktionen auch beim externen Dienstleister verbindlich zugeordnet werden.

Art 27 TVTG definiert **keine geographischen Schranken für Auslagerungen**. Wohl ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang, dass Auslagerungen ausserhalb des EWR, dh in **Drittstaaten**, rechtlich und politisch »heikel« sind, insb, wenn dort die Aufsicht durch die FMA über VT-Dienstleister nicht effektiv gewährleistet ist.

Solche »Risikostaaaten« sind etwa Staaten, die über keine adäquaten Datenschutzstandards verfügen (vgl rezent EuGH 16. 7. 2020, C-311/18, *Schrems II*) oder Länder mit »Geldwäscherisiken« (vgl Art 9 RL 2015/849/EU iVm den EU-VO 2016/1675 und 2020/855).

Auslagerungen in solche Länder sind mit einem »hohem Risiko« verknüpft. Sie sollten daher nur durchgeführt werden, wenn dies im Anlassfall unabdingbar ist. Generell sollten solche Auslagerungen mit besonderer Sorgfalt geplant und umgesetzt werden.

**Verantwortlichkeit/Haftung:** Der VT-Dienstleister bleibt der FMA, seinen Kunden und Nutzern gegenüber weiterhin für die ausgelagerte Tätigkeit gegenüber **verantwortlich**, als hätte er die Aufgabe selbständig erbracht. Eine Auslagerung darf und kann nie zu einer

Delegation der Verantwortung der Geschäftsleitung bzw des VT-Dienstleisters führen.

Wer daher wichtige betriebliche Aufgaben auslagert, ohne dass im Einzelfall die Voraussetzungen nach Art 27 TVTG erfüllt sind, kann von der FMA mit Geldbusse von bis zu CHF 100.000 sanktioniert werden (Art 47 Abs 2 Bst g TVTG).

Auch zivilrechtlich ändert sich nichts: Ein **VT-Dienstleister haftet** unter bestimmten Voraussetzungen **für die von ihm beauftragten externen Dienstleister** (§ 1315 ABGB). Daraus folgt auch, dass ein Dienstleister seine Haftung gegenüber Vertragspartnern und Kunden vertraglich nicht einschränken kann und darf. Eine solche Einschränkung wäre nach § 879 ABGB nichtig.

Art 27 Abs 4 TVTG ordnet an: »*Besondere gesetzliche Vorschriften über die Auslagerung von Aufgaben bleiben vorbehalten.*« Vorbehalten meint idZ, dass diese besonderen Pflichten »unberührt bleiben« und im Einzelfall parallel oder zumindest tlw anstelle des TVTG anzuwenden sein können. Art 27 Abs 4 TVTG erfasst idZ Regelungen, die ebenfalls Vorgaben über Auslagerungen enthalten (vgl zB Art 14a BankG iVm Art 35 und Anhang 6 BankV; Art 28 DSGVO). »**Vorbehalten bleiben**« nach der ratio legis nur jene spezielleren Pflichten, die VT-Dienstleister auf bestimmte Art und Weise zur Behandlung von Auslagerungen verpflichtet und über die Vorgaben des Art 27 TVTG hinausgehen.

Ähnlich wie Regelungen nach Art des Art 28 DSGVO sieht das TVTG **keine Pflicht zur Anzeige einer Auslagerung** vor, was mit Blick auf den Umstand, dass die FMA keine Systemaufsicht über VT-Dienstleister durchführt, überzeugt. Es verwundert daher nicht, dass im Katalog des Art 28 TVTG kein Hinweis über Auslagerungen enthalten ist.

Wohl aber sind VT-Dienstleister zur umfassenden Dokumentation ihrer Auslagerungen verpflichtet (Art 26 TVTG).

## VII. Meldepflichten (Art 28 TVTG)

Damit die FMA als zuständige Aufsichtsbehörde (Art 39 TVTG) stets über relevanten Vorfälle Kenntnis erlangt, verpflichtet das Gesetz registrierte VT-Dienstleister zur Erstattung umfassender Information (wenn diese aufsichtsrechtlich relevant sind). Zu diesem Zweck statuiert Art 28 TVTG drei unterschiedliche Kategorien von Meldepflichten. Diese Anzeigen sollen sicherstellen, dass registrierte VT-Dienstleister die FMA anlassbezogen, nämlich ua bei **Änderungen der Registrierungsvoraussetzungen**, informieren. Dadurch soll die rechtzeitige Information der FMA als zuständige Aufsichtsbehörde über aufsichtsrechtlich relevante Sachverhalte sichergestellt werden.

Gerade, weil die FMA keine Systemaufsicht über VT-Dienstleister (analog der Rechtsaufsicht über Banken nach BankG) wahrzunehmen hat,<sup>34</sup> ist die anlassbezogene vollständige Information der Aufsicht über relevante Veränderungen bei VT-Dienstleistern dennoch von erheblicher praktischer Bedeutung.

Art 28 TVTG erfasst »VT-Dienstleister« gem Art 2 Abs 1 Bst k–u iVm Art 12 Abs 1 TVTG, die durch die FMA registriert wurden und im VT-Dienstleisterregister eingetragen sind. Angesprochen sind Unternehmen/Personen mit Sitz oder Wohnsitz im Inland, die VT-Dienstleistungen berufsmässig in Liechtenstein erbringen.

**Ausländische Unternehmen** ohne Zweigniederlassung/Repräsentanz im Inland **fallen generell nicht unter Art 28 TVTG**, selbst wenn sie VT-Dienstleistungen (ohne Agenten) in Liechtenstein erbringen.

Darüber hinaus erfasst Art 28 TVTG jene Dienstleister, die unter das **Übergangsregime** des Art 50 Abs 1 TVTG fallen (beachte den Verweis des Art 50 Abs 1 Bst a TVTG auf Art 26 leg cit). Personen oder Unternehmen, die keine registrierungspflichtigen Tätigkeiten erbringen, haben daher keine Anzeigen zu erstatten.

Lege non distinguente ist davon auszugehen, dass jene **Umstände**, die eine **Anzeigepflicht** auslösen, entweder

- ▷ eine **Kenntnisnahme** eines registrierten VT-Dienstleisters von **bestimmten externen Ereignissen** (wie zB die strafrechtliche Verurteilung des zuständigen Mitglieds der Geschäftsleitung, die Zustellung eines gerichtlichen Dokuments) oder
- ▷ eine **Beschlussfassung** durch ein zuständiges **Organ** des Unternehmens sind.

Grundsätzlich ist im zweiten Fall anzunehmen, dass bereits die Beschlussfassung des zuständigen Gesellschaftsorgans die Anzeigepflicht auslöst (zB der Beschluss über den Austausch des zuständigen Mitglieds der Geschäftsleitung), nicht aber erst die aufgrund der Beschlussfassung später eintretende Wirksamkeit des Beschlussgegenstandes.

Eine Anzeigepflicht iSd Art 28 TVTG wird nur ausgelöst, wenn der anzeigepflichtige Sachverhalt die Geschäftstätigkeit eines registrierten, im VT-Dienstleisterregister eingetragenen VT-Dienstleisters betrifft.

Das Gesetz legt den **Zeitraum**, der **zwischen** dem Mitteilungspflicht auslösenden **Ereignis** und dem **Zeitpunkt** der Übermittlung bzw **Einlangen** der Anzeige an die FMA liegen darf, mit dem Terminus »**unverzüglich**« fest. Das gilt für die in Art 28 Abs 1 TVTG positivierten Meldetatbestände, nicht aber für anlassunabhängige Anzeigen gem Art 28 Abs 2 TVTG iVm Art 7 TVTV hier haben VT-Dienstleister lediglich das »fristgerechte Einlangen« der Anzeige sicherzustellen.

Nach gängiger Praxis wird der Begriff »**unverzüglich**« mit »**ohne schuldhaftes Zögern**« zu präzisieren sein. Versucht man, diesen Zeitraum zeitlich einzugrenzen, können gemessen an der ratio legis argumentativ zwei Faktoren zur Präzisierung herangezogen werden:

- ▷ Der sorgfältig agierende VT-Dienstleister wird bestrebt sein, dem gesetzlichen Mitteilungsauftrag ohne Verzug nachzukommen. Das impliziert, dass dem Unternehmen eine entsprechend **kurze Reaktionsfrist** von zB drei-vier Werktagen zur Vorbereitung und Bearbeitung der Anzeige zur Verfügung steht.
- ▷ Zudem meint »unverzüglich« hier nicht »**sofort**«, sondern – im Sinne einer Maximalfrist – »**längstens binnen Wochenfrist**« (gerechnet ab Eintritt des Anlassfalles).

Daran anknüpfend ist zu vertreten, dass eine **Anzeige** nach Art 28 Abs 1 TVTG idR **spätestens eine Woche nach Eintritt des Mitteilungspflicht auslösenden Ereignisses bei der FMA eingelangt sein sollte**.

Das Gesetz und die daran anknüpfende TVTV, LGBL 2019.349, präzisieren die Form der Meldung nicht näher. Allgemein sind die relevanten Meldungen **schriftlich** zu erstatten. Meldungen können postalisch oder elektronisch unter Nutzung der gängigen Formate (zB pdf, jpg) an die Aufsichtsbehörde gerichtet werden. Die Verwendung bestimmter Meldesysteme ist gesetzlich nicht angeordnet. Die FMA stellt in ihrem E-Service Portal Formulare zur Verfügung, die für die Meldungen genutzt werden *sollen* (FMA-Wegleitung 2020/3).

Der meldepflichtige VT-Dienstleister ist verpflichtet, die relevanten Mitteilungen fristgerecht und vollständig zu erstatten; er hat dafür Sorge zu tragen, dass die Anzeige samt relevanten Beilagen (zB Protokoll des der Mitteilung zugrunde liegenden Organbeschlusses) in einem lese- und bearbeitungsfähigen Format bei der FMA einlangen.

**Erste Meldungskategorie:** Art 28 Abs 1 Bst a TVTG verpflichtet VT-Dienstleister zunächst, **Änderungen von Registrierungsvoraussetzungen** bekannt zu geben (daran knüpfen Art 18 Abs 3 TVTG; Art 6 TVTV an). Bereits registrierte VT-Dienstleister haben der FMA nach erfolgter Registrierung (Art 12 iVm Art 19 Abs 3 TVTG) alle Änderungen in Bezug auf die Registrierungsvoraussetzungen gem Art 13 Abs 1 TVTG zu melden (Art 28 Abs 1 Bst a TVTG).

Das sind:

- a. Handlungsfähigkeit;
- b. Zuverlässigkeit iSd Art 14 TVTG;
- c. Fachliche Eignung gem Art 15 TVTG;
- d. Sitz oder Wohnsitz im Inland;
- e. notwendiges Mindestkapital nach Art 16 TVTG;
- f. angemessene Organisationsstruktur mit definierten Verantwortungsbereichen sowie ein Verfahren zum Umgang mit Interessenskonflikten;

34 BuA 2019/54, 285.

- g. Riskmanagement;
- h. gegebenenfalls besondere interne Kontrollmechanismen iSd Art 17 TVTG;
- i. VT-Protector: Verlust der Bewilligung nach dem TrHG;
- j. sofern erforderlich, den Erwerb oder den Verlust einer zusätzlichen Bewilligung nach Finanzmarktrecht.

VT-Dienstleister haben die genannten **Registrierungsvoraussetzungen** während der **gesamten Dauer** ihrer **Geschäftstätigkeit** einzuhalten. Fällt eine dieser Voraussetzungen weg und lässt sich dieser »Mangel« nicht kurzfristig beheben, etwa in einem »Sanierungsverfahren« gem Art 21 Abs 2 TVTG, hat die FMA eine aufrechte Registrierung zu entziehen (Art 21 Abs 1 Bst a TVTG).

Entsprechend empfiehlt die FMA, Änderungen an den Registrierungsvoraussetzungen bereits vorab (dh vor Eintritt bzw Vornahme der Änderungen) zu melden und prüfen zu lassen (zB den beabsichtigten Wechsel des zuständigen Geschäftsleitungsmitglieds). Bei einer nachgelagerten Prüfung besteht die Gefahr eines Registrierungsentzuges (FMA-Wegleitung 2020/3).

**Art 28 Abs 1 Bst a TVTG** erfasst daher insbesondere folgende Änderungen:

- ▷ Änderungen in der Person eines qualifiziert Beteiligten, aber auch in der Höhe einzelner Beteiligungen (Erreichen, Über- und Unterschreiten der Beteiligungsschwelle von 10 %);
- ▷ einen Wechsel des für die VT-Dienstleistung zuständigen Mitglieds der Geschäftsleitung;
- ▷ Ein- und Austritte aus Organfunktionen;
- ▷ neue Auslagerungsvereinbarungen;
- ▷ Adress- bzw Sitzänderungen.

Der Änderungsmeldung sind alle Nachweise beizulegen, die die FMA für ihre Prüfung benötigt (vgl Art 18 Abs 1 TVTG und FMA-Wegleitung 2020/1).

**Zweite Meldungskategorie: Davon sind wiederum Meldetatbestände gem Art 28 Abs 1 Bst b–d TVTG zu unterscheiden.** Unabhängig von Art 28 Abs 1 Bst a TVTG haben registrierte VT-Dienstleister der FMA Folgendes unverzüglich mitzuteilen:

- ▷ die Einstellung der Geschäftstätigkeit;
- ▷ die Löschung des VT-Dienstleisters aus dem Handelsregister;
- ▷ das Vorliegen eines »sonstigen Erlöschensgrundes« nach Art 20 TVTG.

**Art 28 Abs 1 Bst d TVTG** erfasst jene **sonstigen Tatbestände** bzw -gründe, die ebenfalls zur Erlöschung einer aufrechten Registrierung gem Art 19 TVTG führen, aber nicht schon durch Art 28 Abs 1 Bst c iVm Art 20 Abs 1 Bst e TVTG erfasst sind, nämlich:

- ▷ die Geschäftstätigkeit wurde nicht innert Jahresfrist (ab erfolgter Registrierung gem Art 19 Abs 3 TVTG) aufgenommen;
- ▷ die Geschäftstätigkeit wurde während mindestens eines Jahres nicht mehr ausgeübt;
- ▷ auf die Registrierung wurde schriftlich gegenüber der FMA verzichtet;
- ▷ über den VT-Dienstleister wurde der Konkurs rechtskräftig eröffnet oder mangels kostendeckendem Vermögen nach Art 10 Abs 3 der Konkursordnung abgewiesen.

**Als dritte Gruppe statuiert Art 28 Abs 2 und 3 TVTG »sonstige Meldepflichten«.** Gem Art 28 Abs 2 TVTG haben VT-Dienstleister der FMA »*alle für die Ausübung der Aufsicht erforderlichen Informationen über ihre Geschäftstätigkeit zu melden.*« Diese Formulierung ist für sich gesehen einerseits zu überschüssend und andererseits zu unbestimmt. Was exakt gemeint sein könnte, erschliesst sich aus dem Gesetz nicht.

Dementsprechend kryptisch sind auch die Ausführungen in BuA 2019/54, 270: »*Abs. 2 enthält eine zusätzliche Pflicht registrierter VT-Dienstleister, der FMA Informationen über ihre Geschäftstätigkeit mitzuteilen. Diese Informationen reflektieren die Situation und Entwicklung des Marktes für Unternehmen im Rahmen der Token-Ökonomie.*«

Art 28 Abs 2 TVTG ergibt erst infolge der **Konkretisierung durch Art 5 TVTV**, LGBI 2019.349, »Sinn« (beachte die entsprechende Verordnungsermächtigung zugunsten der Regierung in Art 28 Abs 3 TVTG). Danach treffen registrierte VT-Dienstleister zwei **zusätzliche Meldepflichten**, wobei die **erstmalige Meldung der relevanten Informationen im auf die Registrierung folgenden Jahr** zu erfolgen hat.

i) Zunächst haben VT-Dienstleister das **Erfüllen der Registrierungsvoraussetzungen zu bestätigen** (Art 5 Abs 1 TVTV). VT-Dienstleister haben der FMA bis zum 31. März eines jeden Jahres schriftlich zu bestätigen, dass die Registrierungsvoraussetzungen nach Art 13 Abs 1 TVTG während des Vorjahres dauerhaft eingehalten wurden. Die FMA stellt im E-Service Portal ein Formular zur Verfügung, die für die Meldungen genutzt werden *sollte* (FMA-Wegleitung 2020/3).

ii) Ausserdem haben VT-Dienstleister zum 31. März jeden Jahres einen **Nachweis des erforderlichen Mindestkapitals** zu erbringen (Art 5 Abs 2 TVTV). Dadurch soll gegenüber der FMA ein Nachweis erbracht werden, dass das nach Art 16 TVTG erforderliche Mindestkapital im Vorjahr durchgängig vorhanden war.

Wird das Mindestkapital in Form von Token gehalten, ist dieser Nachweis jeweils zum 31. März und 30. September beizubringen.

Die Mindestqualität an einen solchen Nachweis wird im Gesetz nicht vorgegeben. Eine Zusicherung durch einen Wirtschaftsprüfer ist nicht zwingend nötig. Der Nachweis kann somit entweder in derselben Form wie im Registrierungsverfahren (Art 4 TVTV), etwa durch eine Saldobestätigung eines Kapitaleinzahlungs- oder Sperrkontos einer Bank mit Sitz im EWR oder in der Schweiz erfolgen. Die Vorlage einer entsprechenden Bestätigung einer von der FMA anerkannten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft oder eines von der FMA anerkannten Wirtschaftsprüfers (zB durch »prüferische Durchsicht«) ist freilich ebenso zulässig.

Der Nachweis ist der FMA postalisch oder auf elektronischem Wege unter Nutzung der gängigen Standardformate (pdf, jpg, etc) beizubringen.

Von der FMA bewilligte Finanzintermediäre, die bereits im Rahmen dieser Bewilligung über ein höheres Mindestkapital verfügen müssen, haben keinen erneuten Nachweis beizubringen (Art 5 Abs 4 TVTV). Angesichts der ohnehin sehr geringen Mindestqualität des Mindestkapitals nach Art 16 TVTG iVm Art 4 TVTV ist diese Privilegierung nicht nachvollziehbar. Im Gegenteil schafft die Regelung sogar spezifische Fehlanreize zulasten einer effektiven Aufsicht. Ein Antragssteller könnte eine Registrierung unter der Bedingung eines erhöhten »Mindestkapitals« iSd Art 16 TVTG iVm Art 4 TVTV (dh höhere Garantie) ersuchen, und damit dem periodischen Nachweis entgehen. Die Aufsicht würde damit potentiell weder die Wertlosigkeit der Sacheinlage (Token) noch den Ausfall des Garantiegebers rechtzeitig erkennen.

Von den genannten drei Meldungskategorien sind **sonstige Anzeigetatbestände zu unterscheiden**, die nicht in Art 28 TVTG enthalten sind. Dies betrifft zunächst die nur Token-Emittenten betreffende **Anzeigepflicht gem Art 30 Bst c TVTG iVm Art 7 TVTV betreffend Token-Emissionen**. Diese Pflicht trifft alle Token-Emittenten, unerheblich davon, ob sie bei der FMA registriert sind oder nicht.

Eine weitere **Abgrenzung ist hinsichtlich jener Meldungen vorzunehmen, die nur im Übergangszeitraum (bis 31. Dezember 2020) anfallen**: Personen bzw Unternehmen, die am 1. Januar 2020 an sich gem Art 12 TVTG registrierungspflichtige VT-Dienstleistungen in Liechtenstein erbringen, jedoch noch nicht durch die FMA registriert wurden, haben ihre Geschäftstätigkeit nach Massgabe von Art 25–38 TVTG auszuüben (Art 50 Abs 1 Bst a TVTG). Sie haben insbesondere die Meldepflichten nach Art 28 TVTG zu erfüllen; der entsprechende Übergangszeitraum endet mit Ablauf des 31. Dezember 2020.

Solange diese Personen bzw Unternehmen noch nicht durch die FMA registriert wurden, trifft sie zunächst die Pflicht, die Aufnahme der Geschäftstätigkeit anzuzeigen (Art 28 Abs 1 TVTG).

Ferner haben diese Personen der FMA gem Art 28 Abs 1 iVm Art 20 Abs 1 TVTG unverzüglich

- ▷ die Einstellung ihrer Geschäftstätigkeit;
  - ▷ ihre Löschung aus dem Handelsregister;
  - ▷ eine rechtskräftige Konkursöffnung oder die Tatsache, dass ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen wurde,
- zu melden.

Die Meldung ist der FMA schriftlich (postalisch oder auf elektronischem Wege unter Nutzung der gängigen Standardformate pdf, jpg, etc) beizubringen. Für die Meldung der Ausübung einer registrierungspflichtigen Tätigkeit stellt die FMA auf ihrer Webseite ein entsprechendes Formular zur Verfügung.

Die **Verletzung der Anzeige- und Meldepflichten** gem Art 28 TVTG ist von der FMA mit Geldbusse von bis zu CHF 100.000 **zu sanktionieren** (Art 47 Abs 2 Bst c TVTG).

### VIII. Veröffentlichungspflichten (Art 29 TVTG)

Gem Art 29 Bst a und b TVTG haben registrierte VT-Dienstleister in einer für die Öffentlichkeit jederzeit zugänglichen Weise **Angaben über die von ihnen verwendeten VT-Systeme** sowie separat davon eine Erklärung über die Eignung der verwendeten VT-Systeme für die jeweiligen Anwendungszwecke **zu veröffentlichen**.

Der VT-Dienstleister hat insbesondere darzulegen, **wie das von ihm verwendete VT-System** (Art 2 Abs 1 Bst b TVTG) **funktioniert** und wie das Transaktionssystem die gesetzliche Vorgabe der »sicheren Übertragung und Aufbewahrung von Token« ermöglicht.

Zu diesem Zweck muss der VT-Dienstleister nachvollziehbar begründen, warum er das verwendete VT-System für vertrauenswürdig und für die Erbringung seiner einschlägigen Dienstleistungen für geeignet und adäquat erachtet.<sup>35</sup>

Das Gesetz gibt für die Gestaltung der Erklärung (Länge, Gestaltung des Dokuments, Dokumentenformat, Verständlichkeit, Dichte der Erläuterungen etc) keine Vorgaben, obwohl dies im Gesetzgebungsprozess berechtigt gefordert worden war.<sup>36</sup> Im Sinn der ratio legis – Erläuterung der Funktionalität des VT-Systems – sollten die Erläuterungen für einen »Durchschnittsuser« nachvollziehbar und verständlich gestaltet werden.

Gem Art 29 Bst a TVTG muss die **Erläuterung dauerhaft** für jedermann jederzeit **zugänglich** sein. **Beschränkungen des Informationszuganges sind unzu-**

35 BuA 2019/93, 51.

36 BuA 2019/93, 51.

lässig.<sup>37</sup> Dies impliziert zB, dass der VT-Dienstleister für die Bereitstellung der Informationen keine Gebühren verrechnen darf; auch eine Registrierungspflicht wäre überschüssend.

An welchem Ort der VT-Dienstleister seine Informationen gem Art 29 Bst a und b TVTG **bereitstellt**, wird im Gesetz nicht geregelt. Die Erläuterungen zum TVTG verweisen auf die Unternehmenswebseite, auf Aushänge in einem Geschäftslokal etc.<sup>38</sup>

Ebenfalls nicht näher geregelt wurde, in welcher **Sprache** der VT-Dienstleister seine Erläuterungen verfassen soll. Mangels näherer Vorgaben wird zu empfehlen sein, die Informationen in deutscher und englischer Sprache bereitzustellen.

**Wechselt** oder ändert ein VT-Dienstleister das von ihm verwendete **VT-System**, hat er diesen Umstand einschliesslich einer entsprechenden Begründung für den Wechsel/die Änderung in gleicher Weise zu veröffentlichen (Art 29 Bst c TVTG).

Die **Verletzung der Veröffentlichungspflichten** gem Art 29 TVTG ist von der FMA mit Geldbusse von bis zu CHF 100.000 zu sanktionieren (Art 47 Abs 2 Bst h TVTG).

## IX. Internes Kontrollsystem (Art 17 TVTG)

Registrierte Token-Emittenten, Token-Erzeuger, VT-Schlüssel-Verwahrer, VT-Token-Verwahrer, Physische Validatoren, VT-Protektoren, VT-Wechseldienstleister, VT-Prüfstellen sowie VT-Identitätsdienstleister, nicht aber VT-Agenten (Art 13 Abs 1a TVTG), haben ein sog »**Internes Kontrollsystem**« (IKS) einzurichten (zu Details vgl oben IV.). Je nach Geschäftsmodell und erbrachter VT-Dienstleistung hat dieses System verschiedene Zielvorgaben zu erfüllen (vgl im Detail Art 17 Abs 1 Bst a–k TVTG).

VT-Dienstleister haben bei sonstiger Sanktion zu gewährleisten, dass die Vorgaben des Gesetzes bzw die Anforderungen an das IKS permanent eingehalten werden (Art 17 Abs 2 iVm Art 47 Abs 2 Bst b TVTG). Zudem kann sich auch aus anderen gesetzlichen Vorgaben die Pflicht zur Implementierung eines IKS ergeben (vgl zB Art 24 ff, 32 DSGVO).

Wie der VT-Dienstleister das IKS ausgestaltet, wird durch das Gesetz nicht näher determiniert. Das TVTG beschränkt sich auf **verbindliche Zielvorgaben**; so muss etwa das IKS eines Preisdienstleisters den Eintritt eines Interessenkonflikts vermeiden (Art 17 Abs 1 Bst i Ziff 2 TVTG). Üblich ist die Implementierung systematisch gestalteter technischer und organisatorischer Re-

geln, wodurch die relevanten Unternehmensprozesse gesteuert und kontrolliert werden. Dadurch sollen externe gesetzliche Vorgaben und interne Richtlinien eingehalten werden und drohende Schäden bzw Sanktionen abgewehrt werden, die durch das eigene Personal oder Dritte verursacht werden können. Im Rahmen des IKS sind prozessunabhängige (automatisierte bzw manuelle) Kontrollen, beispielsweise durch die Interne Revision, als auch prozessabhängige Regelvorgaben (Compliance) vorzusehen. Die Funktionsfähigkeit und Überwachung des IKS liegt in der Verantwortung der Geschäftsleitung.

Als mögliche Umsetzungsmassnahmen könnte ua gedacht werden an

- ▷ bauliche und softwaretechnische Zutrittskontrollen,
- ▷ schriftliche Weisungen, zB über die Geheimhaltung von Betriebsgeheimnissen, zur Kommunikation mit Kunden,
- ▷ Massnahmen zum Schutz der materiellen und immateriellen Vermögenswerte des Unternehmens und seiner Kunden,
- ▷ Massnahmen zur Abwehr von illegalen Vorgängen im Bereich der Wirtschaftskriminalität, zB Implementierung des Vieraugenprinzips zur Verhinderung von Veruntreuung, Korruption und Kompetenzüberschreitungen,
- ▷ Zuweisung verschiedener Detailverantwortlichkeiten an unterschiedliche Unternehmenseinheiten, oder
- ▷ IT-technische Vorkehrungen, zB durch den Regelbestand einer Blockchain.

## X. Exkurs: Verhaltenspflichten aus Zivilrecht

Das TVTG regelt die Verhaltenspflichten eines VT-Dienstleisters nicht abschliessend. Weiterführende Pflichten eines VT-Dienstleisters ergeben sich nicht nur aus parallel anwendbaren Spezialgesetzen, sondern auch aus **allgemeinem Zivilrecht**. Da die Grundlage einer im Auftrag eines Kunden erbrachten VT-Dienstleistung oftmals ein **Bevollmächtigungsvertrag** ist, hat ein VT-Dienstleister bspw ua jene **Standards** zu beachten, die sich aus seiner **Treuepflicht** als Auftragsdienstleister ergeben können (§ 1009 ABGB), wobei der Kreis der zu beachtenden Pflichten in Abhängigkeit von der im Einzelfall erbrachten VT-Dienstleistung variieren kann.

Aus dem Gesagten ergibt sich für VT-Dienstleister ua Folgendes:<sup>39</sup> Gem § 1009 ABGB ist der VT-Dienstleister

37 BuA 2019/54, 271.

38 BuA 2019/54, 271.

39 Statt aller *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1009 Rz 25 ff (Stand 1.3.2017, rdb.at).



gegenüber seinen Kunden ganz allgemein zur Interessenwahrung verpflichtet (= allgemeine **Treuepflicht**). Er muss im Rahmen des übernommenen Auftrages ausschliesslich im Auftraggeberinteresse handeln und seine eigenen Interessen hintanstellen; bei Interessenkonflikten zwischen diesen Polen ist im Zweifel eine Weisung des (informierten) Auftraggebers einzuholen.

Den VT-Dienstleister trifft das Verbot der Geschenkkannahme oder des Abschlusses von Insichgeschäften. Ebenso ist es ihm verwehrt, den Vorteil eines weiteren Kunden in einer die Auftraggeberinteressen gefährdenden Weise mitzuverfolgen.

Der VT-Dienstleister hat den Auftraggeber durch umfassende **Informationen** und **Belehrungen** in die Lage zu versetzen, den Auftrag bestmöglich nach seinen Interessen und Vorstellungen zu erfüllen. Daher hat der VT-Dienstleister beispielsweise über seine Sachkunde und Erfahrungen (§ 1299 ABGB), Gebühren und Kosten des Auftrages, Erfolgsaussichten, Risiken und sinnvolles Vorgehen anlässlich der Auftragserfüllung zu informieren. Dies setzt im Zweifel voraus, dass sich der VT-Dienstleister über den Kenntnisstand des Mandanten – gerade im Hinblick auf per se risikogeneigte VT-Dienstleistungen – zu informieren.

Der VT-Dienstleister hat über die **Ausführung des Auftrags**, dessen Gefährdung oder Scheitern dem Auftraggeber unverzüglich sowie laufend **zu berichten**. Ebenso hat der VT-Dienstleister seinem Kunden (auf dessen Verlangen) jederzeit Auskunft über den Stand der Geschäftsbesorgung bzw zur Rechnungslegung zu geben.

Der Auftraggeber ist berechtigt, den Auftragsinhalt und die nähere Auftragsausführung durch nachträgliche **Weisung** zu präzisieren. Der VT-Dienstleister hat den ihm übertragenden Auftrag zweckmässig, dh stets im Interesse des Kunden auszuführen. Bestehen zB **gleichwertige Handlungsalternativen**, hat der VT-Dienstleister beim Auftraggeber unter Aufklärung über deren jeweilige Vor- und Nachteile rückzufragen, welche Variante zu wählen ist; ggf. sind ältere Weisungen zu überprüfen, ob sie nach wie vor »geeignet sind«. Ist dies zweifelhaft, hat er VT-Dienstleister Auftraggeber zu benachrichtigen und dessen Weisung einzuholen.

Die Rückfragepflicht entfällt bei **Gefährdung der Auftraggeberinteressen** durch die mit der Rückfrage verbundene zeitliche Verzögerung. In diesem Fall ist der VT-Dienstleister verpflichtet, den Auftrag so auszuführen, wie es den Interessen des Auftraggebers am besten entspricht, wobei eine objektive ex ante-Sicht (eines sorgfältigen Geschäftsbesorgers mit dem Informationsstand des konkret Beauftragten) massgebend ist.

Der VT-Dienstleister ist grds zur »**konservativen**« **Auftragserfüllung** verpflichtet, dh bei mehreren Möglichkeiten der Auftragserfüllung ist die am sichersten

zum Erfolg führende zu wählen. Anderes gilt nur, wenn der Auftraggeber trotz Belehrung auf einem Vorgehen des VT-Dienstleisters beharrt, das mit einem höherem Risiko des Scheiterns verbunden ist.

Sind von mehreren in Frage kommenden Wegen jene mit **höherer Erfolgswahrscheinlichkeit** auch mit **entsprechend höheren Kosten** verbunden, so hat der VT-Dienstleister beim Auftraggeber rückzufragen und ihn über deren jeweiligen Erfolgchancen und Kosten aufzuklären, damit dieser möglichst fehlerfrei (ausser bei Gefahr im Verzug) entscheiden kann.

Der VT-Dienstleister, der parallel **mehrere Kunden** mit gleichem Auftragsinhalt serviciert, ist zur **Gleichbehandlung** verpflichtet. Er hat hier stets die gleiche Sorgfalt aufzubringen. Der VT-Dienstleister darf keinen Kunden zum Schaden des anderen bevorzugen.

Der VT-Dienstleister unterliegt dem sog »**Fremdnützigkeitsprinzip**«. Daraus folgt seine Pflicht, im Rahmen des Zumutbaren den Auftrag zum grösstmöglichen Nutzen des Auftraggebers und daher möglichst kostengünstig auszuführen.

## XI. Resümee

Das TVTG sieht im Interesse des Nutzerschutzes ein **engmaschiges Netz an regulatorischen Verhaltenspflichten** für registrierte VT-Dienstleister vor. Diese sind nahezu durchgängig strafbewehrt. Daran sieht man einerseits, dass dem TVTG ein »modernes« Regelungskonzept zugrunde liegt. Man erkennt, dass der Gesetzgeber dem Schutz der Kunden bzw Nutzern von VT-Dienstleistern einen hohen Stellenwert einräumt. Andererseits versucht das Gesetz auf diesem Weg den Umstand zu »kaschieren«, dass ein VT-System ohne final verantwortlichen »Betreiber« nach Art des Art 4 Nr 7 DSGVO auskommt, der die Sicherheit und Integrität des Transaktionssystems gewährleisten muss.

Was die Dichte der im TVTG grundgelegten allgemeinen Verhaltenspflichten anlangt, ist das TVTG mit anderen Wirtschaftsgesetzen des Fürstentums vergleichbar. Qualitativ reicht es jedoch an die umfassenden und strengen Regulierungsstandards eines BankG oder ZDG nicht heran. Insbesondere die Vorgaben zum Mindestkapital unterschreiten die üblichen Gläubigerschutzbestimmungen deutlich. Im Lichte des fehlenden Schutznetzes durch ein Einleger- oder Anlegerschutzsystem bei VT-Dienstleistern sind Forderungen der VT-Nutzer somit weniger gut abgesichert als im sonstigen Aufsichtsregime, womit das Schutzniveau durch die VT-Dienstleister selbst hochgehalten und im Zweifelsfall bewiesen werden sollte. Eine systematische Zusammenschau der in den Art 16 ff TVTG positivierten Verhaltenspflichten der VT-Dienstleister zeigt aber auch, dass

Unternehmer, die Geschäftsmodelle über dezentrale Netzwerke öffentlich anbieten, die Vorgaben des Gesetzes nicht unterschätzen sollten. Dies wird ebenfalls durch den Umstand bestätigt, dass die Höhe der verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen im Vergleich zu anderen Gesetzen durchaus »beachtlich« sind.

## XII. Literatur

Vgl die Angaben im Manuskript »Staatliche Aufsicht über VT-Dienstleister« (insb zu Langzitataten), ferner *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1009 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at).

Korrespondenz:

Prof. Dr. Nicolas Raschauer

Bereich Wirtschaftsrecht

HSSH Schaffhausen, Schweiz,

Mail: nicolas.raschauer@hochschule-schaffhausen.ch.

PD Dr. Thomas Stern MBA,

stellvertretender Leiter der Abteilung

Aufsicht, Bereich Banken,

Finanzmarktaufsicht Liechtenstein,

Mail: tomek.stern@gmx.at.