

SITZUNGSBERICHT

in der Rechtssache E-2/23

betreffend einen ANTRAG der Beschwerdekommision der Finanzmarktaufsicht an den Gerichtshof gemäss Artikel 34 des Abkommens der EFTA-Staaten über die Errichtung einer EFTA-Überwachungsbehörde und eines EFTA-Gerichtshofs in der Rechtssache zwischen der

A Ltd

und der

Finanzmarktaufsicht

betreffend die Auslegung der Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) und der Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung) (im Folgenden: EIOPA).

I Einführung

1. Mit Schreiben vom 23. März 2023, beim Gerichtshof am 24. März 2023 registriert, stellte die Beschwerdekommision der Finanzmarktaufsicht (im Folgenden: Beschwerdekommision) einen Antrag auf Vorabentscheidung in einer vor ihr anhängigen Rechtssache zwischen der A Ltd und der Finanzmarktaufsicht (im Folgenden: FMA).
2. Die Rechtssache vor der Beschwerdekommision betrifft eine von der A Ltd vorgebrachte Beschwerde gegen eine Verfügung der FMA vom 22. Dezember 2022, mit der Letztere Einspruch gegen den beabsichtigten Erwerb sämtlicher Anteile an der Z AG, einer liechtensteinischen Lebensversicherungsgesellschaft, durch die A Ltd erhob (im Folgenden: die angefochtene Verfügung).

II Rechtlicher Hintergrund

EWR-Recht

3. Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) (ABl. 2009 L 335, S. 1) (im Folgenden: Solvabilität-II-Richtlinie) wurde durch Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 78/2011 vom 1. Juli 2011 (ABl. 2011 L 262, S. 45) unter Nummer 1 des Anhangs IX (Finanzdienstleistungen) in das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (im Folgenden: EWR-Abkommen) aufgenommen. Norwegen, Island und Liechtenstein teilten das Bestehen verfassungsrechtlicher Anforderungen mit. Diese Anforderungen wurden bis zum 23. Oktober 2012 erfüllt, und der Beschluss trat am 1. Dezember 2012 in Kraft.

4. Erwägungsgrund 33 der Solvabilität-II-Richtlinie lautet:

Die Funktionen, die das Governance-System umfasst, gelten als Schlüsselfunktionen und damit auch als wichtige und kritische Funktionen.

5. Erwägungsgrund 34 der Solvabilität-II-Richtlinie lautet:

Sämtliche Personen, die Schlüsselfunktionen wahrnehmen, sollten fachlich qualifiziert und zuverlässig sein. Jedoch sollte nur für die Inhaber von Schlüsselfunktionen eine Meldepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde bestehen.

6. Erwägungsgrund 75 der Solvabilität-II-Richtlinie lautet:

Eine weitestmögliche gemeinschaftsweite Harmonisierung dieser Verfahren und aufsichtsrechtlichen Beurteilung ist folglich unerlässlich. Allerdings sollten die Bestimmungen über qualifizierte Beteiligungen die Mitgliedstaaten nicht daran hindern zu verlangen, dass die Aufsichtsbehörden über den Erwerb von Beteiligungen, die unterhalb der in jenen Bestimmungen festgelegten Schwellenwerte liegen, informiert werden müssen, sofern ein Mitgliedstaat für diesen Zweck nicht mehr als eine einzige zusätzliche Schwelle unterhalb von 10 % festlegt. Auch sollten die Aufsichtsbehörden durch jene Bestimmungen nicht daran gehindert werden, allgemeine Leitlinien zu der Frage festzulegen, ab welcher Höhe davon auszugehen ist, dass mit den betreffenden Beteiligungen ein erheblicher Einfluss ausgeübt wird.

7. Artikel 24 Absatz 1 der Solvabilität-II-Richtlinie, der die Überschrift „Aktionäre und Gesellschafter mit qualifizierten Beteiligungen“ trägt, lautet:

(1) Die Aufsichtsbehörden des Herkunftsmitgliedstaats erteilen einem Unternehmen die Zulassung für die Aufnahme der Versicherungs- oder der Rückversicherungstätigkeit erst, nachdem ihnen die Identität und der Beteiligungsbetrag der direkten oder indirekten Aktionäre oder Gesellschafter, die als natürliche oder

juristische Personen eine qualifizierte Beteiligung an dem Unternehmen halten, mitgeteilt wurden.

Die Behörden verweigern die Zulassung, wenn sie nicht davon überzeugt sind, dass die Aktionäre oder Gesellschafter den im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Versicherungs- oder des Rückversicherungsunternehmens zu stellenden Ansprüchen genügen.

8. Artikel 42 Absatz 1 der Solvabilität-II-Richtlinie, der die Überschrift „Anforderungen an die fachliche Qualifikation und die persönliche Zuverlässigkeit von Personen, die das Unternehmen tatsächlich leiten oder andere Schlüsselaufgaben innehaben“ trägt, lautet:

(1) Die Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen stellen sicher, dass alle Personen, die das Unternehmen tatsächlich leiten oder andere Schlüsselaufgaben innehaben, jederzeit den folgenden Anforderungen genügen:

a) ihre Berufsqualifikationen, Kenntnisse und Erfahrungen reichen aus, um ein solides und vorsichtiges Management zu gewährleisten („fachliche Qualifikation“); und

b) sie sind zuverlässig und integer („persönliche Zuverlässigkeit“).

9. Artikel 57 Absatz 1 der Solvabilität-II-Richtlinie, der die Überschrift „Erwerb von Beteiligungen“ trägt, lautet auszugsweise:

(1) Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass eine natürliche oder juristische Person oder gemeinsam handelnde natürliche oder juristische Personen („interessierter Erwerber“), die beschlossen hat bzw. haben, an einem Versicherungsunternehmen bzw. Rückversicherungsunternehmen eine qualifizierte Beteiligung direkt oder indirekt zu erwerben oder eine derartige qualifizierte Beteiligung direkt oder indirekt weiter zu erhöhen, mit der Folge, dass ihr Anteil an den Stimmrechten oder am Kapital 20 %, 30 % oder 50 % erreichen oder überschreiten würde oder das Versicherungsunternehmen bzw. Rückversicherungsunternehmen ihr Tochterunternehmen würde („beabsichtigter Erwerb“), den für das Versicherungsunternehmen bzw. Rückversicherungsunternehmen, an dem eine qualifizierte Beteiligung erworben oder erhöht werden soll, zuständigen Aufsichtsbehörden zuerst schriftlich diese Tatsache unter Angabe des Umfangs der geplanten Beteiligung zusammen mit den in Artikel 59 Absatz 4 genannten einschlägigen Informationen anzuzeigen hat bzw. haben. ...

10. Die Absätze 1, 2 und 4 von Artikel 59 der Solvabilität-II-Richtlinie, der die Überschrift „Beurteilung“ trägt, lauten:

(1) Bei der Beurteilung der Anzeige nach Artikel 57 Absatz 1 und der Informationen nach Artikel 58 Absatz 2 haben die Aufsichtsbehörden im Interesse einer

soliden und umsichtigen Führung des Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmens, an dem der Erwerb beabsichtigt wird, und unter Berücksichtigung des voraussichtlichen Einflusses des interessierten Erwerbers auf das Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmen die Eignung des interessierten Erwerbers und die finanzielle Solidität des beabsichtigten Erwerbs im Hinblick auf sämtliche folgende Kriterien zu prüfen:

a) die Zuverlässigkeit des interessierten Erwerbers;

b) die Zuverlässigkeit und die Erfahrung einer jeden Person, die die Geschäfte des Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmens infolge des beabsichtigten Erwerbs leiten wird;

c) die finanzielle Solidität des interessierten Erwerbers, insbesondere in Bezug auf die Art der tatsächlichen und geplanten Geschäfte des Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmens, an dem der Erwerb beabsichtigt wird;

d) die Tatsache, ob das Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmen in der Lage sein und bleiben wird, den Aufsichtsanforderungen aufgrund dieser Richtlinie und gegebenenfalls aufgrund anderer Richtlinien, insbesondere der Richtlinie 2002/87/EG zu genügen, und insbesondere die Tatsache, ob die Gruppe, zu der es gehören wird, über eine Struktur verfügt, die es ermöglicht, eine wirksame Beaufsichtigung auszuüben, einen wirksamen Austausch von Informationen zwischen den Aufsichtsbehörden durchzuführen und die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen den Aufsichtsbehörden zu bestimmen;

e) die Tatsache, ob ein hinreichender Verdacht besteht, dass im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Erwerb Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung stattfinden, stattgefunden haben oder ob diese Straftaten versucht wurden bzw. ob der beabsichtigte Erwerb das Risiko eines solchen Verhaltens erhöhen könnte.

(2) Die Aufsichtsbehörden können gegen den beabsichtigten Erwerb nur dann Einspruch erheben, wenn es dafür vernünftige Gründe auf der Grundlage der in Absatz 1 genannten Kriterien gibt oder die vom interessierten Erwerber vorgelegten Informationen unvollständig sind.

...

(4) Die Mitgliedstaaten veröffentlichen eine Liste, in der die Informationen genannt werden, die für die Beurteilung erforderlich sind und die den Aufsichtsbehörden zum Zeitpunkt der Anzeige nach Artikel 57 Absatz 1 zu übermitteln sind. Der Umfang der beizubringenden Informationen hat der Art des interessierten Erwerbers und der Art des beabsichtigten Erwerbs angemessen und angepasst

zu sein. Die Mitgliedstaaten fordern keine Informationen an, die für die aufsichtsrechtliche Beurteilung nicht relevant sind.

11. Die Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/79/EG der Kommission (ABl. 2010 L 331, S. 48) (im Folgenden: EIOPA-Verordnung) wurde durch Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 200/2016 vom 30. September 2016 (ABl. 2017 L 46, S. 13) unter Nummer 31h des Anhangs IX (Finanzdienstleistungen) in das EWR-Abkommen aufgenommen. Der Beschluss trat am 1. Oktober 2016 in Kraft.

12. Erwägungsgrund 25 der EIOPA-Verordnung lautet:

In von den technischen Regulierungs- oder Durchführungsstandards nicht abgedeckten Bereichen sollte die Behörde befugt sein, Leitlinien und Empfehlungen zur Anwendung des Unionsrechts abzugeben. Zur Gewährleistung der Transparenz und verstärkten Einhaltung dieser Leitlinien und Empfehlungen seitens der nationalen Aufsichtsbehörden sollte es der Behörde möglich sein, die Gründe für die Nichteinhaltung der Leitlinien und Empfehlungen durch die Aufsichtsbehörden zu veröffentlichen.

13. Erwägungsgrund 53 der EIOPA-Verordnung lautet auszugsweise:

In der Regel sollte der Rat der Aufseher seinen Beschluss mit einfacher Mehrheit nach dem Grundsatz treffen, dass jedes Mitglied eine Stimme hat. Für Rechtsakte allgemeiner Art einschließlich jener im Zusammenhang mit von technischen Regulierungs- und Durchführungsstandards, Leitlinien und Empfehlungen, im Hinblick auf Haushaltsfragen sowie für Anträge von Mitgliedstaaten auf Überprüfung des Beschlusses der Behörde, bestimmte Finanztätigkeiten vorübergehend zu verbieten oder zu beschränken, ist es jedoch angemessen, die in Artikel 16 Absatz 4 des Vertrags über die Europäische Union und in dem dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union beigefügten Protokoll (Nr. 36) über die Übergangsbestimmungen festgelegten Regeln für Abstimmungen mit qualifizierter Mehrheit anzuwenden. ...

14. Artikel 16 der EIOPA-Verordnung, der die Überschrift „Leitlinien und Empfehlungen“ trägt, lautet auszugsweise:

(1) Um innerhalb des ESFS kohärente, effiziente und wirksame Aufsichtspraktiken zu schaffen und eine gemeinsame, einheitliche und kohärente Anwendung des Unionsrechts sicherzustellen, gibt die Behörde Leitlinien und Empfehlungen für die zuständigen Behörden und die Finanzinstitute heraus.

...

(3) Die zuständigen Behörden und Finanzinstitute unternehmen alle erforderlichen Anstrengungen, um diesen Leitlinien und Empfehlungen nachzukommen.

Binnen zwei Monaten nach der Herausgabe einer Leitlinie oder Empfehlung bestätigt jede zuständige Behörde, ob sie dieser Leitlinie oder Empfehlung nachkommt oder nachzukommen beabsichtigt. Kommt eine zuständige Behörde der Leitlinie oder Empfehlung nicht nach oder beabsichtigt sie nicht, dieser nachzukommen, teilt sie dies der Behörde unter Angabe der Gründe mit.

Die Behörde veröffentlicht die Tatsache, dass eine zuständige Behörde dieser Leitlinie oder Empfehlung nicht nachkommt oder nicht nachzukommen beabsichtigt. Die Behörde kann zudem von Fall zu Fall die Veröffentlichung der von der zuständigen Behörde angegebenen Gründe für die Nichteinhaltung einer Leitlinie oder Empfehlung beschließen. Die zuständige Behörde wird im Voraus über eine solche Veröffentlichung informiert.

Wenn dies gemäß dieser Leitlinie oder Empfehlung erforderlich ist, erstatten die Finanzinstitute auf klare und ausführliche Weise Bericht darüber, ob sie einer Leitlinie oder Empfehlung nachkommen.

...

15. Artikel 44 Absatz 1 der EIOPA-Verordnung lautet auszugsweise:

(1) Der Rat der Aufseher trifft seine Beschlüsse mit einfacher Mehrheit. Jedes Mitglied verfügt über eine Stimme.

In Bezug auf die in den Artikeln 10 bis 16 genannten Rechtsakte und die gemäß Artikel 9 Absatz 5 Unterabsatz 3 und Kapitel VI erlassenen Maßnahmen und Beschlüsse trifft der Rat der Aufseher abweichend von Unterabsatz 1 des vorliegenden Absatzes seine Beschlüsse mit qualifizierter Mehrheit seiner Mitglieder ...

16. Die Delegierte Verordnung (EU) 2015/35 der Kommission vom 10. Oktober 2014 zur Ergänzung der Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) (ABl. 2015 L 12, S. 1) (im Folgenden: Delegierte Verordnung) wurde durch Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 62/2018 vom 23. März 2018 (ABl. 2020 L 26, S. 50) unter Nummer 1b des Anhangs IX (Finanzdienstleistungen) in das EWR-Abkommen aufgenommen und trat im EWR am 1. August 2019 in Kraft.

17. Artikel 273 der Delegierten Verordnung, der die Überschrift „Anforderungen an die fachliche Qualifikation und die persönliche Zuverlässigkeit“ trägt, lautet:

1. Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen sorgen für die Schaffung, Umsetzung und dauerhafte Gewährleistung dokumentierter Leitlinien und angemessener Verfahren, um zu gewährleisten, dass alle Personen, die das Unternehmen tatsächlich leiten oder andere Schlüsselfunktionen innehaben, jederzeit die hierzu notwendige fachliche Qualifikation und persönliche Zuverlässigkeit im Sinne von Artikel 42 der Richtlinie 2009/138/EG besitzen.

2. Die Beurteilung, ob eine Person fachlich qualifiziert ist, umfasst eine Bewertung ihrer beruflichen und formalen Qualifikationen, Kenntnisse und einschlägigen Erfahrung im Versicherungssektor, anderen Finanzsektoren oder anderen Unternehmen, wobei die der betreffenden Person jeweils übertragenen Aufgaben und, soweit relevant, die Qualifikationen der Person auf den Gebieten Versicherung, Finanzen, Rechnungslegung, Versicherungsmathematik und Management zu berücksichtigen sind.

3. Bei der Beurteilung, ob Mitglieder des Verwaltungs-, Management- oder Aufsichtsorgans fachlich qualifiziert sind, werden die den einzelnen Mitgliedern jeweils übertragenen Aufgaben berücksichtigt, um eine angemessene Vielfalt der Qualifikationen, Kenntnisse und einschlägigen Erfahrung zu gewährleisten und sicherzustellen, dass das Unternehmen professionell geführt und überwacht wird.

4. Die Beurteilung, ob eine Person zuverlässig ist, umfasst eine Bewertung ihrer Redlichkeit sowie der Solidität ihrer finanziellen Verhältnisse auf der Grundlage von Nachweisen, die ihren Charakter, ihr persönliches Verhalten und ihr Geschäftsgebaren betreffen, einschließlich etwaiger strafrechtlicher, finanzieller und aufsichtlicher Aspekte, die für die Zwecke der Bewertung relevant sind.

Nationales Recht

18. Die Solvabilität-II-Richtlinie wurde mittels Gesetz vom 12. Juni 2015 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz; VersAG) (LGBI. 2015 Nr. 231) (im Folgenden: VersAG) in liechtensteinisches Recht umgesetzt.

19. Artikel 94 VersAG entspricht Artikel 59 der Solvabilität-II-Richtlinie.

20. Artikel 94 Absatz 1 VersAG sieht u. a. vor, dass die FMA im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Versicherungsunternehmens, an dem der Erwerb beabsichtigt wird, und unter Berücksichtigung des voraussichtlichen Einflusses des interessierten Erwerbers auf das Versicherungsunternehmen die Eignung des interessierten Erwerbers und des beabsichtigten Erwerbs auf folgende Kriterien prüft: a) die persönliche Integrität des interessierten Erwerbers; b) die persönliche Integrität und die Erfahrung einer jeden Person, die infolge des beabsichtigten Erwerbs das Versicherungsunternehmen leiten wird; c) die finanzielle Solidität des interessierten Erwerbers, insbesondere hinsichtlich der Art der tatsächlichen und geplanten Geschäfte des Versicherungsunternehmens, an dem der Erwerb beabsichtigt wird; d) die Tatsache, ob: 1. das

Versicherungsunternehmen in der Lage sein und bleiben wird, den relevanten Aufsichts- anforderungen zu genügen.

21. Gemäss Artikel 94 Absatz 2 VersAG kann die FMA Einspruch gegen den beab- sichtigten Erwerb erheben, wenn es auf der Grundlage der Kriterien nach Artikel 94 Absatz 1 vernünftige Gründe dafür gibt oder die vorzulegenden Informationen oder Un- terlagen unvollständig sind.

22. Artikel 179 Absatz 1 VersAG sieht vor, dass die FMA bei der Erfüllung ihrer Aufgaben der Konvergenz der Aufsichtsinstrumente und -praktiken im EWR Rechnung trägt. In Artikel 179 Absatz 2 VersAG ist festgehalten, dass die FMA die Tätigkeit, Leit- linien und Empfehlungen der EIOPA berücksichtigt.

III Sachverhalt und Verfahren

23. Die A Ltd ist eine nach ausländischem Recht errichtete Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von 100 USD. Sie hat ihren Sitz nicht in einem EWR-Mitgliedstaat. Ihre Alleinaktionärin ist die ebenfalls nach ausländischem Recht errichtete B Inc. Auch die B Inc hat ihren Sitz nicht in einem EWR-Mitgliedstaat.

24. Frau C ist Alleinaktionärin der B Inc. Sie ist zudem die einzige Geschäftsführerin der A Ltd und der B Inc. Frau C wohnt nicht in einem EWR-Mitgliedstaat und hat auch nicht die Staatsbürgerschaft eines EWR-Mitgliedstaats.

25. Die A Ltd beabsichtigt, sämtliche Anteile an der Z AG, einer nach liechtenstei- nischem Recht errichteten Aktiengesellschaft mit Sitz in Liechtenstein, zu erwerben. Der Z AG wurde von der FMA die Bewilligung zum Betrieb der Lebensversicherung, u. a. im Zweig 1 nach Anhang 2 VersAG, erteilt.

26. Mit der angefochtenen Verfügung erhob die FMA gemäss Artikel 93 Absatz 5 und Artikel 94 Absatz 2 VersAG Einspruch gegen den beabsichtigten Erwerb sämtlicher Anteile an der Z AG durch die interessierte Erwerberin, die A Ltd.

27. Gemäss Artikel 179 VersAG bezog sich die FMA zur Begründung der angefoch- tenen Verfügung auf die von der EIOPA am 20. Dezember 2016 gemäss Artikel 16 der EIOPA-Verordnung erlassenen Gemeinsamen Leitlinien zur aufsichtsrechtlichen Beur- teilung des Erwerbs und der Erhöhung von qualifizierten Beteiligungen im Finanzsektor (im Folgenden: Leitlinien).

28. Die FMA begründete die angefochtene Verfügung zunächst damit, dass zwar als unmittelbare Erwerberin sämtlicher Anteile an der Z AG die A Ltd vorgesehen sei, auf- grund der ausschliesslichen Kontrolle durch Frau C die Beurteilung des beabsichtigten Erwerbs durch die FMA aber nach den Kriterien gemäss Artikel 94 Absatz 1 VersAG hinsichtlich Frau C persönlich als interessierter Erwerberin zu erfolgen habe.

29. Die Prüfung der Eignung und persönlichen Integrität von Frau C gemäss Arti- kel 94 Absatz 1 Satz 1 und Artikel 94 Absatz 1 Buchstabe a VersAG (Kapitel 3 Zif- fer 10 der Leitlinien) habe ergeben, dass Frau C diese gesetzliche Anforderung nicht

erfülle. Die Kriterien der Eignung und der persönlichen Integrität würden auch die fachliche Kompetenz des interessierten Erwerbers umfassen, vor allem, wenn – wie im vorliegenden Fall – der Erwerb sämtlicher Anteile an einem Versicherungsunternehmen beabsichtigt sei. Die fachliche Kompetenz umfasse dabei nicht nur Managementkompetenz, sondern auch technische Kompetenz im Bereich der Geschäftstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens (Kapitel 3 Ziffer 10.23 ff. der Leitlinien).

30. Die Prüfung der finanziellen Solidität von Frau C durch die FMA, insbesondere hinsichtlich der Art der tatsächlichen und geplanten Geschäfte des Versicherungsunternehmens, an dem der Erwerb beabsichtigt wird, gemäss Artikel 94 Absatz 1 Buchstabe c VersAG (Kapitel 3 Ziffer 12 der Leitlinien) habe unter Berücksichtigung des im vorliegenden Fall eines beabsichtigten Erwerbs sämtlicher Anteile an der Z AG erforderlichen strengen Massstabs (Kapitel 3 Ziffer 12.5 der Leitlinien) ergeben, dass Frau C auch diese gesetzliche Anforderung nicht erfülle. Ihre finanzielle Solidität beruhe, so die FMA, ausschliesslich auf Aktien, die sie im Wege der D AG, einer Aktiengesellschaft nach ausländischem Recht mit Sitz ausserhalb des Europäischen Wirtschaftsraums, halte. Dabei handle es sich um ein einziges, volatiles und darüber hinaus fremdfinanziertes Investment, welches allerdings ein beträchtliches Vermögen darstelle. Die schriftlich gegenüber der FMA abgegebene Erklärung von Frau C, wonach sie bereit sei, einen Betrag in Höhe von 10 Mio. CHF an die A Ltd zu übertragen, und eine Zahlungszusage der D AG gegenüber der A Ltd beizubringen, sei nicht geeignet, die Bedenken der FMA zu beseitigen. Kapital, das in einer Holdinggesellschaft gehalten werde, welche von einer potenziell vermögenslosen Aktionärin kontrolliert wird, und die Zahlungszusage einer potenziell überschuldeten Aktiengesellschaft seien anders zu beurteilen als Kapital, das der Gesellschaft für jedenfalls drei Jahre gesichert zur Verfügung stehe (Kapitel 3 Ziffern 12.1 und 12.2 der Leitlinien).

31. Schliesslich habe die Prüfung der Frage, ob die Z AG mit Frau C (mittelbar) als Alleinaktionärin in der Lage ist und bleiben wird, den gemäss Artikel 94 Absatz 1 Buchstabe d Ziffer 1 VersAG (Kapitel 3 Ziffer 13 der Leitlinien) relevanten Aufsichtsanforderungen zu genügen, erhebliche Bedenken der FMA ergeben.

32. Gegen die angefochtene Verfügung erhob die A Ltd Beschwerde an die Beschwerdekommision. Die A Ltd bestreitet, dass die fachliche Kompetenz von Frau C überhaupt überprüft werden dürfte, und sie erachtet die finanzielle Solidität von Frau C für ausreichend.

33. Vor diesem Hintergrund entschied die Beschwerdekommision, das Verfahren zu unterbrechen und dem Gerichtshof die folgenden Fragen vorzulegen:

- 1. Wie sind die Begriffe „Eignung“ und „Zuverlässigkeit“ im Sinne von Art 59 Abs 1 lit a der Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), Abl. L335/1 vom 17.12.2009, in das EWR-Abkommen übernommen mit Beschluss Nr 78/2011 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses vom**

27.11.2012, LGBl 2012/384, auszulegen? Ist damit nur die Integrität oder aber auch die fachliche Eignung des interessierten Erwerbers gemeint?

- 2. Kann bei der Beurteilung der finanziellen Solidität des interessierten Erwerbers im Sinne von Art 59 Abs 1 lit c der erwähnten Richtlinie auch berücksichtigt werden, dass von diesem die allenfalls notwendige Zuführung von finanziellen Mitteln an das Versicherungsunternehmen durch Beistellung einer Bankgarantie oder Zurverfügungstellung von Mitteln auf einem Treuhandkonto zur jederzeitigen Abrufbarkeit durch das Versicherungsunternehmen sichergestellt wird?**
- 3. Wie sind die Wörter „vernünftige Gründe“ im Sinne von Art 59 Abs 2 der erwähnten Richtlinie auszulegen? Ist dazu Gewissheit über die Nichterfüllung der gesetzlichen Vorgaben erforderlich oder genügen bereits substantiierte Zweifel?**
- 4. Entfaltet eine von der zuständigen Behörde, hier: von der Finanzmarktaufsicht Liechtenstein, gemäss Art 16 Abs 3 der Verordnung (EU) Nr 1094/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), ABl L331/48 vom 15.12.2010, in das EWR-Abkommen übernommen mit Beschluss Nr 200/2016 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses vom 30.09.2016, LGBl 2016/303, abgegebene Erklärung, alle erforderlichen Anstrengungen zu unternehmen, um Leitlinien, hier: den Gemeinsamen Leitlinien zur aufsichtsrechtlichen Beurteilung des Erwerbs und der Erhöhung von qualifizierten Beteiligungen im Finanzsektor vom 20.12.2016, JC/GL/2016/01, nachzukommen, eine Bindungswirkung gegenüber den Gerichten der Mitgliedstaaten, sodass diese ebenfalls verpflichtet sind, alle erforderlichen Anstrengungen zu unternehmen, um diesen Leitlinien nachzukommen?**

IV Schriftliche Stellungnahmen

34. Gemäss Artikel 20 der Satzung des Gerichtshofs und Artikel 90 Absatz 1 der Verfahrensordnung haben schriftliche Stellungnahmen abgegeben:

- die Regierung des Fürstentums Liechtenstein, vertreten durch Dr. Andrea Entner-Koch, Romina Schobel und Dr. Claudia Bösch, als Bevollmächtigte;
- die Regierung Islands, vertreten durch Inga Pórey Óskarsdóttir, Hendrik Daði Jónsson und Elísabet Júlíusdóttir, als Bevollmächtigte;
- die EFTA-Überwachungsbehörde, vertreten durch Ingibjörg Ólöf Vilhjálmssdóttir, Claire Simpson, Michael Sánchez Rydelski und Melpo-Menie Josephidès, als Bevollmächtigte; und

- die Europäische Kommission (im Folgenden: Kommission), vertreten durch Helene Tserepa-Lacombe, Lorna Armati und Corneliu Hödlmayr, als Bevollmächtigte.

V Vorgelegte Antwortvorschläge

Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein

35. Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein schlägt vor, die vorgelegten Fragen folgendermassen zu beantworten:

1. *Bei der Beurteilung, ob die Anforderung der „Eignung des interessierten Erwerbers“ im Sinne von Artikel 59 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 2009/138/EG (Solvabilität II) erfüllt ist, haben die nationalen Aufsichtsbehörden die Zuverlässigkeit des interessierten Erwerbers zu berücksichtigen. Der Begriff „Zuverlässigkeit des interessierten Erwerbers“ vereint jedoch zwei Kriterien: die Integrität und die fachliche Kompetenz. In Fällen wie dem vorliegenden, wenn ein Unternehmen den Erwerb sämtlicher Anteile an einem Versicherungsunternehmen in einem EWR-Staat beabsichtigt, sind beide Kriterien anzuwenden.*
2. *Es hängt von den konkreten Umständen im Einzelfall ab, ob bei der Beurteilung der finanziellen Solidität des interessierten Erwerbers im Sinne von Artikel 59 Absatz 1 Buchstabe c der Solvabilität-II-Richtlinie auch berücksichtigt werden kann, dass von diesem die allenfalls notwendige Zuführung von finanziellen Mitteln an das Versicherungsunternehmen durch Beistellung einer Bankgarantie oder Zurverfügungstellung von Mitteln auf einem Treuhandkonto zur jederzeitigen Abrufbarkeit durch das Versicherungsunternehmen sichergestellt wird.*
3. *Die Wörter „vernünftige Gründe“ im Sinne von Artikel 59 Absatz 2 der Solvabilität-II-Richtlinie sind so auszulegen, dass sie bedeuten, dass bereits substantiierte Zweifel genügen.*
4. *Eine von der zuständigen Behörde, hier: von der Finanzmarktaufsicht Liechtenstein, gemäss Artikel 16 Absatz 3 der Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 abgegebene Erklärung, alle erforderlichen Anstrengungen zu unternehmen, um Leitlinien, hier: den Gemeinsamen Leitlinien zur aufsichtsrechtlichen Beurteilung des Erwerbs und der Erhöhung von qualifizierten Beteiligungen im Finanzsektor, JC/GL/2016/01, nachzukommen, verpflichtet die nationalen Gerichte zur Berücksichtigung der Gemeinsamen Leitlinien zur aufsichtsrechtlichen Beurteilung des Erwerbs und der Erhöhung von qualifizierten Beteiligungen im Finanzsektor bei der Beilegung der ihnen vorgetragenen Streitigkeiten, insbesondere, weil sie sich als Ergänzung zu verbindlichen Vorschriften des EWR-Rechts verstehen.*

Die Regierung Islands

36. Die Regierung Islands schlägt vor, die vierte Frage folgendermassen zu beantworten:

Eine von der zuständigen Behörde abgegebene Erklärung, alle erforderlichen Anstrengungen zu unternehmen, um Leitlinien einer Europäischen Aufsichtsbehörde nachzukommen, entfaltet keine Bindungswirkung gegenüber einem nationalen Gericht, sodass dieses ebenfalls verpflichtet ist, alle erforderlichen Anstrengungen zu unternehmen, um diesen Leitlinien nachzukommen. Bei der Auslegung von Bestimmungen des EWR-Abkommens sollten nationale Gerichte etwaige vorhandene Leitlinien einer Europäischen Aufsichtsbehörde berücksichtigen, sofern diese Leitlinien für die Auslegung dieser Bestimmungen sachdienlich und nützlich sind. Darüber hinaus sollten nationale Gerichte zur Auslegung der anwendbaren Bestimmungen des EWR-Abkommens auch etwaige Erklärungen der zuständigen Behörde zur Bestätigung der Einhaltung dieser Leitlinien bzw. Bestätigung und Begründung der Nichterfüllung berücksichtigen.

Die EFTA-Überwachungsbehörde

37. Die EFTA-Überwachungsbehörde schlägt vor, die vorgelegten Fragen folgendermassen zu beantworten:

1. Im Sinne von Artikel 59 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) sind die Begriffe „Eignung“ und „Zuverlässigkeit“ so auszulegen, dass sie sich auf die Integrität und die fachliche Kompetenz des interessierten Erwerbers beziehen.

2. Bei der Beurteilung der finanziellen Solidität des interessierten Erwerbers im Sinne von Artikel 59 Absatz 1 Buchstaben c und d der Solvabilität-II-Richtlinie kann die nationale Aufsichtsbehörde auch die Zuführung von finanziellen Mitteln durch diese Person an das Versicherungsunternehmen durch Beistellung einer Bankgarantie oder Zurverfügungstellung von Mitteln auf einem Treuhandkonto zur jederzeitigen Abrufbarkeit durch das Versicherungsunternehmen berücksichtigen.

3. Der Begriff „vernünftige Gründe“ im Sinne von Artikel 59 Absatz 2 der Solvabilität-II-Richtlinie ist so auszulegen, dass keine Gewissheit erforderlich ist.

4. Von der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung gemäss Artikel 16 Absatz 3 der Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Auf-

sichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung) herausgegebene Leitlinien haben keine rechtlich bindende Wirkung gegenüber den nationalen Gerichten der EFTA-Staaten.

Die Kommission

38. Die Kommission schlägt vor, die vorgelegten Fragen folgendermassen zu beantworten:

1. Artikel 59 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 2009/138 ist so auszulegen, dass die Beurteilung der Zuverlässigkeit des interessierten Erwerbers sowohl die Integrität als auch die fachliche Kompetenz umfassen sollte.

2. Artikel 59 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 2009/138 steht nationalen Vorschriften, wonach eine Beurteilung alle einschlägigen Informationen, gegebenenfalls einschliesslich der Beistellung einer Bankgarantie oder der Zurverfügungstellung von Mitteln auf einem Treuhandkonto, zu berücksichtigen hat, nicht entgegen.

3. Artikel 59 Absatz 2 der Solvabilität-II-Richtlinie ist so auszulegen, dass eine Aufsichtsbehörde Einspruch gegen einen beabsichtigten Erwerb nicht nur dann erheben kann, wenn sie auch tatsächlich die Nichterfüllung eines der in Absatz 1 dieser Bestimmung genannten Kriterien nachweisen kann.

4. Es ist Aufgabe der nationalen Gerichte der EWR-EFTA-Staaten, bei der Beilegung der vor ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten EIOPA-Leitlinien zu berücksichtigen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die nationale Behörde eines EWR-EFTA-Staats bestätigt hat, dass sie diesen Leitlinien nachzukommen beabsichtigt.

Páll Hreinsson
Berichterstatter