

BGE 107 IB 358 vom 23. Dezember 1981

Bundesgericht (BGE), 1981-12-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_107 IB 358](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_107_IB_358)

FR: BGE 107 IB 358 du 23 décembre 1981

IT: BGE 107 IB 358 del 23 dicembre 1981

Regeste

Regeste Anlagefonds. 1. Wann untersteht ein Anlagefonds dem schweizerischen Recht (E. 3a)? 2. Art. 2 Abs. 1 AFG; Begriff des Anlagefonds: - Gemeinschaftliche Kapitalanlage und Grundsatz der Risikoverteilung (E. 3b aa). - Vermögen, das aufgrund öffentlicher Werbung aufgebracht wird (E. 3b bb). - Vermögen, das von Dritten verwaltet wird (sog. Fremdverwaltung). Dies ist der Fall, wenn die Rechtsbeziehungen zwischen Anleger und Vermögensverwaltung insgesamt überwiegend vertraglicher Natur sind, unabhängig von der Rechtsform der Kapitalorganisation (E. 3b cc).

Erwägungen

E. 3

a) Nach Art. 1 Abs. 1 AFG ist dieses Gesetz anwendbar auf alle Anlagefonds, deren Leitung ihren Sitz in der Schweiz hat. Ist die Fondsleitung eine juristische Person, so untersteht sie dem AFG, wenn und solange sie in der Schweiz nach Ausweis des hiesigen Handelsregisters ihren statutarischen Sitz hat, das heisst eine schweizerische Gesellschaft ist (BGE 94 I 80 E. 5b). Dies besagt jedoch nicht, das ein Anlagefonds schon dann dem schweizerischen Recht nicht untersteht, wenn die Fondsleitung ihren statutarischen Sitz im Ausland hat. In der Tat kann sich die Frage stellen, ob ein Anlagefonds mit statutarischem Sitz im Ausland, der aber den Schwerpunkt seiner Tätigkeiten in der Schweiz entfaltet, nicht auch dem AFG untersteht (vgl. HIRSCH, Le champ d'application de la loi fédérale sur les fonds de placement, in: Septième Journée juridique de la Faculté de droit de Genève 1967, S. 77; HIRSCH/PERRIN, JdT 1968 I S. 544). Vorliegend kann die Frage jedoch offen gelassen werden, da die Beschwerdeführerin ihren statutarischen Sitz in Luzern hat, weshalb sie ohnehin dem schweizerischen Recht untersteht. Daran ändert auch nichts, dass ausschliesslich Ärzte aus der Bundesrepublik Deutschland an den Anlagen I und II beteiligt sind und dass die Werbung für die Beteiligung an diesen Anlagen von dem in Deutschland tätigen "Wirtschaftsdienst" des Verbandes der niedergelassenen Ärzte Deutschlands ausgeht. Ob es sich bei den von der Beschwerdeführerin verwalteten Treuhandvermögen um Anlagefonds handelt, bestimmt sich daher nach schweizerischem Recht. b) Der Anlagefonds ist ein Vermögen, das auf Grund öffentlicher Werbung von den Anlegern zum Zwecke gemeinschaftlicher Kapitalanlage aufgebracht und von der Fondsleitung nach dem Grundsatz der Risikoverteilung für Rechnung der Anleger verwaltet wird (Art. 2 Abs. 1 AFG). Im folgenden wird daher zu prüfen sein, ob die Kapitalisierungs-Treuhandvermögen der Beschwerdeführerin die gesetzlichen Merkmale des Anlagefonds erfüllen. aa) Die Beschwerdeführerin bestreitet zurecht nicht, dass das in den beiden Anlagen zusammengefasste Vermögen zum Zwecke gemeinschaftlicher Kapitalanlage aufgebracht und nach dem Grundsatz der Risikoverteilung für Rechnung der Anleger verwaltet BGE 107 Ib 358 S. 364 wird. Beide Anlagen werden durch Zahlungen der Genossenschafter

gespiesen, die jederzeit die Rückzahlung des auf dem Treuhandkonto ausgewiesenen Guthabens verlangen können (Art. 3 und 12 Reglement). Der ein Treuhandkonto führende Genossenschafter hat ferner ein Forderungsrecht gegen die Gesamtheit des Treuhandvermögens entsprechend der von ihm vorgenommenen Einzahlungen und der anteiligen Ergebnisse der Kapitalanlagen, abzüglich seiner Abhebungen (Art. 11 Reglement). Gemäss den von der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren gemachten Angaben wiesen in den Jahren 1977 bis 1979 die Treuhandvermögen folgenden Vermögensstand aus: Anzahl Nettowert beider Anlagen Genossenschafter Anlage I Anlage II Total Fr. Fr. Fr. 31.5.77 507'7521'940.82 269'568.85 7'791'509.65 31.5.78 494'6'965'862.81 321'745.85 7'287'708.66 31.5.79 465'6'503'220.06 455'895.45 6'959'115.52 Das in den Anlagen I und II zusammengefasste und von der Beschwerdeführerin verwaltete Vermögen von ca. 7 Mio. Franken setzt sich aus den Einzahlungen einer relativ grossen Zahl von Genossenschaf tern zusammen, deren Anlagebedürfnisse in gleicher Weise befriedigt werden. Diese Einzahlungen verschaffen den Anlegern ein obligatorisches Forderungsrecht auf den sie betreffenden Anteil am Fondsvermögen und an dessen Ertrag. Das in beiden Anlagen zusammengefasste Vermögen erfüllt daher alle Merkmale der kollektiven Kapitalanlage (vgl. Botschaft des Bundesrates zum AFG, BBl 1965 III, 273; vgl. auch Art. 4 Reglement). Art. 18 Reglement schreibt sodann vor, in welche Vermögenswerte die Einzahlungen der Genossenschafter anzulegen sind und welchen Umfang im Verhältnis zur gesamten Kapitalanlage die verschiedenen Vermögenswerte höchstens erreichen dürfen. Diese Ordnung entspricht dem Gedanken der Risikoverteilung, der darin besteht, durch Vermeidung einseitiger Kapitalanlage und durch eine breite Fächerung in den Vermögenswerten das Gesamtvermögen im Falle einzelner Verluste in seiner Substanz zu erhalten (vgl. Botschaft a.a.O.). Zusammenfassend steht damit fest, dass die BGE 107 Ib 358 S. 365 von der Beschwerdeführerin verwalteten Vermögen zum Zwecke der kollektiven Kapitalanlage nach dem Grundsatz der Risikoverteilung errichtet sind. Die Vorinstanz erachtete mithin zu Recht diese in Art. 2 Abs. 1 AFG genannten Voraussetzungen als erfüllt. Es bleibt zu prüfen, ob das Vermögen auf Grund öffentlicher Werbung aufgebracht wird. bb) Nach Art. 1 der Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Anlagefonds (AFV; SR 951.311) gilt als öffentliche Werbung im Sinne des Gesetzes, ohne Rücksicht auf die Form, jede Werbung, die sich nicht bloss an einen eng begrenzten Kreis von Personen richtet (z. B. Werbung durch Prospekte, Inserate, Plakate, Zirkularschreiben, am Bankschalter). Dass das von der Beschwerdeführerin veranlasste und an die 14'000 Mitglieder des bundesdeutschen Berufsverbandes gerichtete Angebot Werbung im Sinne des Gesetzes und der Verordnung darstellt, bedarf keiner weiteren Begründung, auch wenn die Beschwerdeführerin nicht selbst in Deutschland auftritt, vielmehr der "Wirtschaftsdienst" des deutschen Berufsverbandes die Mitglieder desselben auf die Tätigkeit der Beschwerdeführerin aufmerksam macht. In erster Linie macht die Beschwerdeführerin jedoch geltend, der 14'000 Mitglieder zählende Berufsverband stelle einen eng begrenzten Kreis von Personen im Sinne von Art. 1 AFV dar. Der Einwand ist indes nicht stichhaltig. Die Werbung richtet sich nur dann an einen eng begrenzten Personenkreis, wenn einerseits das Publikum bestimmt ist, und andererseits dieses auch zahlenmässig klein ist. Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, gilt die Werbung als öffentlich. Wann ein kleiner Personenkreis vorliegt, ist eine Frage des Ermessens. Massgebend sind die Umstände des einzelnen Falles. Dass der 14'000 Mitglieder zählende Berufsverband jedenfalls keinen kleinen Personenkreis darstellt, liegt auf der Hand. Zurecht nahm die Vorinstanz daher an, die Werbung der Beschwerdeführerin sei öffentlich. cc) Der

Anlagefonds zeichnet sich schliesslich dadurch aus, dass das Vermögen nicht von den Anlegern selbst, sondern von einem Dritten, der Fondsleitung, verwaltet wird (sog. Fremdverwaltung; vgl. Art. 2 Abs. 1 AFG : " ... ein Vermögen, das ... von der Fondsleitung ... für Rechnung der Anleger verwaltet wird"). Als Fondsleitung kommt nur eine Bank im Sinne des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen oder eine Aktiengesellschaft oder eine Genossenschaft, deren Gegenstand und Zweck ausschliesslich die Leitung von Anlagefonds ist, in BGE 107 Ib 358 S. 366 Betracht (Art. 3 Abs. 2 AFG). Auch andere Formen kollektiver Vermögensanlage sind indes möglich. Wird zum Beispiel im Rahmen einer Gesellschaft und unter aktiver Mitwirkung ihrer Mitglieder Geld angelegt und von diesen bzw. den Organen der Gesellschaft verwaltet, besteht nicht Fremd-, sondern Selbstverwaltung. Daraus schliesst ein Teil Doktrin, dass die auf gesellschaftlicher Ebene getätigte Kapitalanlage nicht unter das AFG fällt und dass der Anleger demnach nur die gesellschaftsrechtlichen Schutzrechte genießt (HIRSCH, a.a.O. S. 67/8, EMCH, Der Geltungsbereich des Anlagefondsgesetzes, Diss. Bern 1975, S. 102). Im vorliegenden Fall sind die Anleger zugleich Mitglieder der beschwerdeführenden Genossenschaft. Damit stellt sich die Frage, ob die Genossenschafter ihr Vermögen durch die statutarischen Organe selbst verwalten. Es ist nicht zu verkennen, dass die rechtliche Organisation der Vermögensanlage nicht allein ausschlaggebend sein kann. Wenn der Gesetzgeber Anlageorganisationen in gesellschaftlicher Form nicht ausdrücklich dem Gesetz unterstellte, so deshalb, weil er keine Gesellschaftsform des schweizerischen Rechts für die Führung des Anlagefonds als geeignet erachtete (Botschaft a.a.O., 285 ff.). Entscheidend ist vielmehr der Gesichtspunkt des Anlegerschutzes, den das AFG in besonderem Masse verfolgt (BGE 101 Ib 438 E. 6a). Es stellt sich daher die Frage, ob die Anleger und Gesellschaftsmitglieder auch ohne die im AFG vorgesehenen Schutzvorschriften imstande sind, ihre Vermögensinteressen selbst wahrzunehmen. Zwar ist richtig, dass in einer körperschaftlich organisierten Rechtsperson (kapitalistisch oder personalistisch strukturiert) den Mitgliedern je nach betreffender Gesellschaftsform Mitwirkungsrechte, Schutzrechte sowie vermögensmässige Rechte zustehen. Der Vergleich zwischen diesen und den Schutzvorschriften des AFG zeigt jedoch, dass die im AFG zum Schutz des Anlegers aufgestellten Bestimmungen weitaus strenger sind, namentlich in Bezug auf die Schutzrechte des Aktionärs oder Genossenschafters (vgl. HIRSCH, a.a.O. S. 68). Ob ein Fonds körperschaftlich organisiert ist und ob das Fondsvermögen mit dem Gesellschaftsvermögen zusammenfällt, kommt daher erst in zweiter Linie in Betracht. Das Schutzbedürfnis des Anlegers ist vielmehr gerade dann erheblich und rechtfertigt die Anwendung des AFG, wenn der Anleger die Verwaltung seines Vermögens Fachleuten überträgt, die die Anlagepolitik nach Massgabe des Fondsreglements in eigener Verantwortung und ohne Einflussnahme durch den Anleger bestimmen. Das Fehlen irgendwelcher BGE 107 Ib 358 S. 367 Mitwirkungsrechte des Anlegers in der Anlagepolitik hat zur Folge, dass die Beziehungen zwischen ihm und der Vermögensverwaltung vorwiegend vertraglicher und nicht gesellschaftlicher Natur sind. Seine kraft seiner Stellung als Gesellschafter bestehender Mitwirkungsrechte (z.B. Wahl der Organe) sind diesbezüglich daher von zweitrangiger Bedeutung, zumal wenn die Tätigkeit der Gesellschaft sich nur auf die Kapitalanlage im oben beschriebenen Sinne beschränkt. Erweisen sich die Rechtsbeziehungen zwischen Anleger und Vermögensverwaltung insgesamt als überwiegend vertraglicher Natur, kann nicht von einer selbstverwalteten Kapitalorganisation gesprochen werden (vgl. JÄGGI, La loi sur les fonds de placement, JdT 1967 I, S. 239 ff.). Liegt demnach Fremdverwaltung vor, kommt das

AFG zur Anwendung. Im vorliegenden Fall sind die Beziehungen zwischen Anleger und dem Genossenschaftsvorstand, der das in den Anlagen I und II zusammengefasste Vermögen verwaltet, insofern überwiegend vertraglicher Natur, als der Anleger auf die Anlagepolitik keinen Einfluss nehmen kann. Dass der Vorstand der Beschwerdeführerin diese Belange in eigener Verantwortung wahrnimmt, folgt insbesondere aus dem Inhalt des den bundesdeutschen Ärzten unterbreiteten Beitrittangebots. Darin wird ausgeführt: "Der Arzt hat aber schon allein aus Zeitmangel nicht die Möglichkeit, die Spreu vom Weizen zu trennen. Gerade in jüngster Zeit haben viele Ärzte durch die Wahl ungeeigneter Anlagen beträchtliche Vermögensverluste erlitten. Der einzelne Arzt kann sich keinen eigenen "Vermögensverwalter" leisten. Schliessen sich aber viele Ärzte zusammen, so sind die Kosten für die besten Fachleute leicht aufzubringen." Daraus ist zu schliessen, dass an der Spitze der Beschwerdeführerin Fachleute in Anlagefragen stehen; sie allein entscheiden über den Kauf und Verkauf von Vermögenswerten und führen die Fonds "selbständig und in eigenem Namen, aber ausschliesslich für Rechnung und Risiko des Treugebers" (Art. 4 und 7 Reglement). Daneben bestimmt Art. 11 Reglement, dass jeder Inhaber eines Treuhandkontos ein "Forderungsrecht gegen die Gesamtheit des Treuhandvermögens" hat; hiezu kommt, dass die Anlagen I und II vom übrigen Vermögen der Genossenschaft getrennt geführt werden. Dass der Genossenschaftsvorstand von der Delegiertenversammlung gewählt wird, ist angesichts dieser Ordnung von nebensächlicher Bedeutung. Unter diesen Umständen besteht kein Zweifel an der überwiegend vertraglichen Natur des Rechtsverhältnisses zwischen Anleger und Genossenschafter BGE 107 Ib 358 S. 368 auf der einen, dem Vorstand der Genossenschaft, bzw. der Fondsleitung auf der anderen Seite. Die Vorinstanz erachtete mithin zurecht die von der Beschwerdeführerin verwalteten Kapitalisierungs-Treuhandvermögen Anlage I und Anlage II als Anlagefonds im Sinne von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 AFG .

E. 4

Bei dieser Sachlage musste die Vorinstanz zufolge ihrer Überwachungspflicht (Art. 42 AFG) im Interesse der Anleger die zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände erforderlichen Anordnungen treffen (Art. 43 Abs. 1 AFG); sollten im übrigen die angefochtenen Massnahmen keinen Erfolg zeitigen, wird es Sache der Vorinstanz sein, einen Sachwalter an Stelle der Fondsleitung oder der Depotbank zu bestellen (Art. 45 Abs. 1 AFG). Die von der Vorinstanz unter Ziff. 2 bis 4 der angefochtenen Verfügung getroffenen Anordnungen entsprechen dem Gesetz und dienen im vorliegenden Fall der Herstellung des rechtmässigen Zustandes. Es ist nicht einzusehen, warum die Vorinstanz diesbezüglich die Beschwerdeführerin nochmals hätte anhören müssen. Erst wenn die Vorinstanz sich veranlasst sehen sollte, die angedrohten Massnahmen zu vollstrecken, insbesondere die von der Beschwerdeführerin ernannte Revisionsstelle abzulehnen oder die Bewilligung zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit zu verweigern, steht der Beschwerdeführerin vorgängig das Recht zu, sich dazu zu äussern. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.