

# **BGE 95 I 481**

Bundesgericht (BGE), 1969-09-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_95 I 481](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_95_I_481)

FR: ATF 95 I 481

IT: DTF 95 I 481

## **Regeste**

Regeste Bundesgesetz über die Anlagefonds. Die Eidg. Bankenkommission ist befugt, der Fondsleitung und der Depotbank Weisungen zu erteilen (Erw. 2). Wenn die Fondsleitung durch die Depotbank an der Börse Anteilscheine des Anlagefonds für dessen Rechnung anschaffen lässt, liegen Rücknahmen im Sinne des Art. 21 AFG vor. Werden die zurückgenommenen Titel an der Börse wieder abgesetzt, so werden sie damit neu ausgegeben. Dabei darf der nach Art. 12 Abs. 3 AFG berechnete Ausgabepreis nicht unterschritten werden. Die Rücknahmen und Neuemissionen sind fortlaufend zu buchen (Erw. 3-7).

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Die Bankenkommission hat als Aufsichtsbehörde über die Anlagefonds u.a. die Aufgabe, die Einhaltung des Gesetzes und des Fondsreglementes durch Fondsleitung und Depotbank zu überwachen ( Art. 42 Abs. 1 AFG ). Stellt sie Verletzungen des Gesetzes oder des Reglementes oder sonstige Missstände fest, so erlässt sie die zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände notwendigen Verfügungen ( Art. 43 Abs. 1 AFG ). Sie kann zu diesem Zwecke auch Weisungen an die Fondsleitung und die Depotbank erlassen, was nicht bestritten ist. Sie ist nicht auf die Massnahmen beschränkt, die das Gesetz für schwere Fälle vorsieht (Sicherstellungsverfügung, Art. 43 Abs. 2; Strafanzeige, Art. 43 Abs. 3; Entzug der Bewilligung zur Geschäftstätigkeit, Art. 44 Abs. 1). Wenn solche Massnahmen (noch) nicht als angezeigt erscheinen, kann und soll die Aufsichtsbehörde den rechtmässigen Zustand dadurch herzustellen suchen, dass sie den Beteiligten Weisungen erteilt.

### **E. 3**

Im Dispositiv 1a der angefochtenen Verfügung wird die VIT angewiesen, alle Anteilscheine des Fonds IMMOVIT, die sie aus dessen Mitteln bezahlt, fortlaufend als zurückgenommen - im Sinne des Art. 21 AFG - zu behandeln und zu verbuchen. Sie hat dies bis anhin nicht getan; sie hat lediglich am Ende des Rechnungsjahres des Fonds Rücknahmen verbucht, und zwar hat sie bloss diejenigen im Laufe des Rechnungsjahres für Rechnung des Fonds hereingenommenen Zertifikate, die bis zum Rechnungsabschluss nicht wieder an Anleger abgeben worden waren, als zurückgenommen behandelt; diese Titel hat sie vernichtet. Die Bankenkommission stützt das Dispositiv 1a auch auf BGE 95 I 481 S. 486 Art. 6 Abs. 2 AFG . Diese Bestimmung verbietet der Fondsleitung, Mittel des Fonds in den dort bezeichneten Werten anzulegen; sie untersagt ihr u.a. Anlagen "in Anteilscheinen eines andern Anlagefonds, der von der gleichen oder von einer mit ihr verbundenen Fondsleitung verwaltet wird, sowie in anderen Wertpapieren, die von der Fondsleitung ausgestellt sind". Danach darf die Fondsleitung Mittel des von ihr verwalteten Fonds auch

nicht in Anteilscheinen eben dieses Fonds anlegen; denn der Anteilschein ist ein Wertpapier ( Art. 20 Abs. 2 AFG ) und wird von der Fondsleitung ausgestellt ( Art. 12 Abs. 1, Art. 20 Abs. 4 AFG ). Die Beschwerdeführerinnen bestreiten dies nicht, machen aber geltend, in ihrem Falle habe man es nicht mit Anlagen in eigenen Anteilscheinen des Fonds IMMOVIT zu tun; die für Rechnung dieses Fonds erworbenen Zertifikate blieben nicht in dessen Besitz, sondern würden alsbald entweder weiterverkauft oder ausgebucht und vernichtet; es gehe darum, den Kurs des Titels zu stützen und die bestehenden Anlagen des Fonds (Liegenschaften) zu erhalten. Die Bankenkommission entgegnet, Art. 6 Abs. 2 AFG erfasse auch kurzfristige Anlagen, und um solche handle es sich hier. Wie es sich damit verhalte, kann indessen offen gelassen werden, da das Dispositiv 1a der angefochtenen Verfügung auf jeden Fall durch Art. 21 AFG gedeckt ist. Nach Art. 21 Abs. 1 AFG kann der Anleger den Kollektivanlagevertrag jederzeit widerrufen und gegen Rückgabe des Anteilscheines die Auszahlung seines Anteils am Anlagefonds in bar verlangen. Von dieser Möglichkeit macht der Anleger Gebrauch, wenn er seinen Titel der Fondsleitung zum "Kauf" aus Mitteln des Fonds übergibt. Die Fondsleitung kann den Titel für Rechnung des Fonds gar nicht anders "erwerben" als dadurch, dass sie ihn gemäss Art. 21 AFG gegen Auszahlung des Anteils zurücknimmt. Damit wird das Vertragsverhältnis zwischen der Fondsleitung und dem bisherigen Titelinhaber beendet. Der Kollektivanlagevertrag untersteht nach Art. 8 Abs. 3 AFG den Vorschriften über den Auftrag, soweit dieses Gesetz nicht etwas anderes bestimmt. Laut Art. 404 Abs. 1 OR kann der Auftraggeber den Auftrag jederzeit widerrufen, und dazu ist gemäss Art. 21 Abs. 1 AFG auch der Anleger berechtigt. Ein Widerruf im Sinne dieser Bestimmung liegt immer auch dann vor, wenn die Fondsleitung an der Börse einen Anteilschein des Fonds für dessen Rechnung anschafft. BGE 95 I 481 S. 487 Es verhält sich nicht anders, wenn die Fondsleitung dem Anleger aus dem Fondsvermögen nicht den vollen nach Art. 21 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 3 AFG berechneten Preis - Verkehrswert des Fondsvermögens im Zeitpunkt der Auszahlung, geteilt durch die Anzahl der im Umlauf befindlichen Anteile -, sondern einen etwas kleineren Betrag entrichtet. Der Anleger kann auf die Auszahlung der Differenz verzichten, sich mit dem geringeren Preis begnügen, der am Markt erhältlich ist. Auch wenn er das tut, handelt es sich um einen Widerruf und eine Rücknahme im Sinne des Art. 21 AFG . Gewiss kann die Fondsleitung den für Rechnung des Fonds zurückgenommenen Anteilschein, statt ihn zu vernichten, in der Weise weiterverwenden, dass sie ihn einem neuen Anleger abgibt. Damit setzt sie aber nicht das vom bisherigen Titelbesitzer seinerzeit begründete Vertragsverhältnis mit dem neuen Inhaber fort; vielmehr schliesst sie mit diesem einen besonderen, neuen Kollektivanlagevertrag ab. Das Anlagefondsgesetz verwehrt der Fondsleitung, Anteilscheine des Fonds für dessen Rechnung anders als durch Rücknahme im Sinne des Art. 21 anzuschaffen. Diese Ordnung ist zwingend; denn das Gesetz behält abweichende Vereinbarungen nicht ausdrücklich vor und schliesst sie damit aus (Art. 8 Abs. 4). Die Weisung, welche die Bankenkommission der VIT im angefochtenen Dispositiv 1a erteilt, entspricht somit dem Gesetz.

#### **E. 4**

Im Dispositiv 1b der angefochtenen Verfügung verpflichtet die Bankenkommission die VIT, alle wieder in Umlauf gesetzten Anteilscheine als neu ausgegeben zu behandeln und zu verbuchen. Die Weisung wird im Sinne der Erwägungen erteilt, d.h. sie betrifft die von der VIT für Rechnung des Fonds zurückgenommenen und nachher wieder in Verkehr gebrachten Anteilscheine. Mit der Rücknahme dieser Titel gegen Auszahlung aus Mitteln des Fonds wird, wie gesagt, immer das Vertragsverhältnis zwischen der Fondsleitung und

dem bisherigen Titelinhaber beendet. Die Weitergabe eines so zurückgenommenen Zertifikats an einen neuen Anleger beruht auf einem neuen Kollektivanlagevertrag; sie stellt also eine neue Ausgabe (Emission) dar. Die Beschwerdeführerinnen wenden ein, es könne nicht eine neue Ausgabe vorliegen, wenn alte, für Rechnung des Fonds BGE 95 I 481 S. 488 "gekaufte" Zertifikate wieder in Umlauf gesetzt werden; sie berufen sich für ihren Standpunkt auf Art. 12 Abs. 3 AFG, wonach der Ausgabepreis "neuer" Anteilscheine so zu berechnen ist, dass der Verkehrswert des Fondsvermögens im Zeitpunkt der Ausgabe durch die Anzahl der im Umlauf befindlichen Anteile geteilt wird. Der Einwand ist unbegründet. Art. 12 Abs. 3 AFG bezeichnet die Titel, deren Emission er betrifft, als "neu", um sie zu unterscheiden von den "im Umlauf befindlichen" Anteilen, deren Zahl als Divisor dient. Die Zertifikate, welche die Fondsleitung unter Verwendung von Mitteln des Fonds zurückgenommen hat, gehören aber nicht zu den im Umlauf befindlichen Titeln. Werden sie nach ihrer Rücknahme von neuem in Umlauf gesetzt, so werden sie zu neuen Anteilscheinen und müssen folglich von der Fondsleitung als Gegenstand einer (neuen) Emission behandelt und verbucht werden. Diese Regel ergibt sich notwendigerweise aus Art. 21 AFG, wonach durch Rücknahme des Anteilscheins für Rechnung des Fonds der vom bisherigen Titelinhaber abgeschlossene Kollektivanlagevertrag dahinfällt. Sie hat ebenfalls zwingenden Charakter ( Art. 8 Abs. 4 AFG ). Damit ist festgestellt, dass auch das Dispositiv 1 b der angefochtenen Verfügung im Einklang mit der gesetzlichen Ordnung steht.

#### **E. 5**

Im Dispositiv 1 c ihres Beschlusses untersagt die Bankenkommission der VIT, Anteilscheine unter dem reglementarischen - gemäss Art. 12 Abs. 3 AFG berechneten - Ausgabepreis auszugeben. Auch diese Weisung entspricht dem Gesetz. Sie betrifft wie die vorhergehende den Fall, wo die Fondsleitung Anteilscheine, die sie für Rechnung des Fonds zurückgenommen hat, wieder in Umlauf setzt. Durch solche Weiterverwendung werden die Titel, wie gesagt, Gegenstand einer neuen Emission. Den Anlegern, die sie übernehmen, muss der in Art. 12 Abs. 3 AFG für jede Ausgabe "neuer" Anteilscheine vorgeschriebene Preis in Rechnung gestellt werden. Diese Vorschrift ist zwingend ( Art. 8 Abs. 4 AFG ).

#### **E. 6**

Im Dispositiv 2 ihrer Verfügung verpflichtet die Bankenkommission die Bank Leu, in der Anteilscheinkontrolle fortlaufend alle für Rechnung des Fonds IMMOVIT entgegengenommenen Zertifikate dieses Fonds unter dem Titel "Rücknahme der Anteilscheine" und alle nach der Rückzahlung aus Mitteln des Fonds wieder in Umlauf gesetzten Zertifikate BGE 95 I 481 S. 489 unter dem Titel "Ausgabe der Anteilscheine" einzutragen. Diese Weisung entspricht dem Art. 20 AFV, auf den sie gestützt wird. In der Tat hat die Depotbank nach dieser Bestimmung in der von ihr zu führenden Zertifikatskontrolle fortlaufend die Ausgaben und Rücknahmen von Anteilscheinen einzutragen. Diese Verpflichtung besteht auch immer dann, wenn die VIT an der Börse Zertifikate des Fonds IMMOVIT für dessen Rechnung anschafft und wieder abstösst, wie sich aus den oben angestellten Erwägungen ergibt. Art. 20 AFV ist mit dem Gesetz vereinbar, was nicht bestritten ist. Er schützt - wie das Gesetz - die Interessen der Anleger; er erleichtert der Bankenkommission die Aufsicht über die Geschäftsführung der Fondsleitung und der Depotbank.

#### **E. 7**

Der Einwand, die angefochtenen Weisungen verstießen gegen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit, hilft den Beschwerdeführerinnen nicht. Nach Art. 31 Abs. 1 BV ist die Handels- und Gewerbefreiheit nur soweit gewährleistet, als sie nicht durch die Bundesverfassung und die auf ihr beruhende Gesetzgebung eingeschränkt ist. Solche Einschränkungen sind in Art. 31 bis Abs. 2 und Art. 31 quater BV vorgesehen. Auf diesen (und anderen) Verfassungsbestimmungen beruht das Anlagefondsgesetz. Da die umstrittenen Weisungen durch dieses Gesetz gedeckt sind, können die Beschwerdeführerinnen aus Art. 31 BV nichts zu ihren Gunsten ableiten. Das Bundesgericht ist an die Bundesgesetze gebunden ( Art. 113 Abs. 3, Art. 114 bis Abs. 3 BV ). Unbegründet ist auch die Rüge der Willkür. Das Bundesgericht überprüft die Anwendung des Anlagefondsgesetzes in den Verfügungen der Bankenkommission nicht nur unter dem beschränkten Gesichtspunkte der Willkür, sondern frei. Da die angefochtenen Weisungen dieser Prüfung standhalten, können sie nicht willkürlich sein. Es braucht nicht erörtert zu werden, ob das Vorgehen der Beschwerdeführerinnen, das die Weisungen veranlasst hat, durchweg im Interesse der Anleger liege, wie behauptet wird. Entscheidend ist, dass diese Handlungsweise der Beschwerdeführerinnen zwingenden Vorschriften der Gesetzgebung über die Anlagefonds widerspricht. Die festgestellten Verstösse wären auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn jene Behauptung zuträfe.

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