Urteilskopf

100 Ib 213

34. Auszug aus dem Urteil vom 8. Februar 1974 i.S. Liegenschaftenanlagefonds X gegen Eidg. Bankenkommission
Regeste (de):
Anlagefonds.

1. Die Depotbank darf widerrufene Anteilscheine nur im Einverständnis mit dem Anleger und der Fondsleitung und nach Rückzug des Widerrufs auf eigene Rechnung erwerben, statt sie zulasten des Fonds zurückzunehmen. Nach Rücknahme der Anteilscheine und Auszahlung des Rücknahmepreises kann die Depotbank dem Anleger nicht mehr anbieten, die widerrufenen Anteilscheine auf eigene Rechnung zu erwerben (Erw. 5).

2. Rücknahme von widerrufenen Anteilscheinen durch die Depotbank; Folgen (Erw. 6 und 7).

Regeste (fr):
Fonds de placement.

1. La banque dépositaire ne peut acquérir pour son propre compte les parts révoquées – au lieu de les racheter à la charge du fonds - qu'avèc l'accord du porteur de parts et de la direction du fonds et après le retrait de la révocation. Après la reprise des parts et le paiement du prix de reprise, la banque dépositaire ne peut plus proposer au porteur de parts d'acquérir pour son propre compte les parts révoquées (consid. 5).

2. Reprise, par la banque dépositaire, de parts révoquées; conséquences (consid. 6 et 7).

Regesto (it):
Fondi d'investimento.

1. La banca depositaria può acquistare per proprio conto, anzichè riscattarli a carico del fondo, i certificati di partecipazione revocati, solamente se v'è l'accordo del partecipante e dopo che sia stata ritirata la dichiarazione di revoca. Una volta riscattati i certificati di partecipazione e pagato il prezzo di riscatto, la banca depositaria non può più proporre al partecipante di acquistare per conto proprio i certificati revocati (consid. 5).

2. Riscatto da parte della banca depositaria di certificati revocati; effetti (consid. 6 e 7).

Sachverhalt ab Seite 214

BGE 100 Ib 213 S. 214

A.- Im Jahre 1970 widerrief die Y. AG im Auftrag von Kunden aber in eigenem Namen Kollektivanlageverträge über eine grössere Anzahl von Anteilen am schweizerischen Liegenschaften-Anlagefonds X. Gestützt auf eine Bestimmung des Fondsreglementes schob die Fondsleitung von X. die Rückzahlung der Anteile um 24 Monate auf. Nach Ablauf dieser Frist nahm die Depotbank die Rückzahlung auf eigene Rechnung vor und verkaufte die Anteilscheine ausserbörslich an einen Dritten weiter. Im Jahre 1971 widerrief Y. Kollektivanlageverträge u.a. über folgende Anteile: Datum des Widerrufs Anzahl Anteile Bestätigung vom Einreichung der Titel Datum der

Abrechnung 15.2.71 1300 17.2.71 1.2.73 22.3.73
7.6.71 200 9.6.71 25.5.73 5.6.73
17.6.71 1100 18.6.71
24.6.71 180 28.6.71 5.6.73 21.6.73
Total 2780
Alle vier Operationen wickelten sich in derselben Weise ab. Über die letzte von ihnen wurde beispielsweise folgender Briefwechsel geführt: Am 24. Juni 1971 schrieb Y. der Fondsleitung: "Im Auftrag eines Kunden widerrufen wir hiermit den Kollektivanlagevertrag für -180- Anteile X. Nr... und bitten Sie um Rückzahlung dieser Titel zum Rücknahmepreis gemäss Ziffer III 12/13 des Reglementes, bzw. Artikel 21 AFG." Die Fondsleitung antwortete am 28. Juni 1971: "Wir bestätigen den Eingang Ihres Schreibens vom 24. Juni 1971 betreffend Kündigung von -180- Anteilen X. Nr... Im Sinne unseres Fondsreglements merken wir uns Ihre Kündigung vorläufig auf den 24. Juni 1973 vor. Wir wären Ihnen jedoch dankbar,

wenn Sie zum genannten Zeitpunkt wegen der Modalitäten der Rücknahme sich wieder mit uns in Verbindung setzen würden." Am 5. Juni 1973 reichte Y. die 180 Anteilscheine der Depotbank ein mit dem Vermerk: "-180- Anteile X. gekündet per 24.6.1973 N o... Zum Inkasso. Wir bitten Sie um Überweisung des Gegenwertes auf unser Nationalbank-Girokonto No..." Am 21. Juni 1973 schliesslich schrieb die Depotbank an Y.: "Die uns mit Ihrem Bordereau vom 5. Juni 1973 eingereichten, gekündigten Anteile rechnen wir wie folgt ab: 180 Anteile X. Schweizerischer Liegenschaften-
Anlagefonds à Fr. 116.70 = Fr. 21 006.–
+ laufender Ertrag 180 x -.40 x = Fr. 360.–
Fr. 21 366.–
abzüglich unsere Kommission von 1/4%
gemäss Fondsreglement Art. 18 8c = Fr. 52.50
Den Totalbetrag von Fr. 21 313.50
vergüten wir Ihnen heute..."
Der Betrag von Fr. 116.70 pro Anteil war wie folgt errechnet worden: "Anteile im Umlauf: 141'106
Inventarwert eines Anteils: Fr. 134.06
exkl. Coupon Nr. 13: Fr. 5.30
exkl. Coupon Nr. 14: Fr. 1.- Fr. 6.30
Fr. 127.76
Anlagekosten (Verkehrswert) Fr. 32 765 000.–
Abzüge: 2% Handänderungskosten und Grundbuchgebühren: Fr. 655'300.– 1/2% Notariatskosten: Fr. 163'825.–

Fr. 819'125.–

1/2 hievon zu Lasten des verkaufenden Fonds: Fr. 409'562.50
+ 1% Verkaufskommission der Fondsleitung: Fr. 327'650.–
Fr. 737'212.50
+ 1% Vermittlungsprovision an Dritte: Fr. 327'650.–
Abzüge total: Fr. 1'064,862.50

je Anteil Fr. 7.55
3% Rücknahmekommission: Fr. 3.51
Fr. 11.06
Inventarwert eines Anteils: Fr. 127.76
Abzüge wie oben errechnet: Fr. 11.06
Rücknahmepreis Fr. 116.70
+ Vergütung des laufenden Ertrags: Fr. -.40 pro Monat"

C.- Am 13. August 1973 schrieb Y. der Eidg. Bankenkommission (EBK), sie habe festgestellt, dass Ende 1972 gleichviel Anteile des Fonds im Umlauf gewesen seien wie Ende 1970 und 1971. Da die angeblich zurückbezahlten Anteile somit offensichtlich nicht an den Fonds zurückgegangen seien, hätten vom Inventarwert nicht Handänderungskosten, Grundbuchgebühren, Notariatskosten und Kommissionen abgezogen werden dürfen. Auf Anfrage der EBK hin erklärte die Depotbank, sie habe Y. die 2780 Anteilscheine ausserbörslich zu eigenen Lasten abgenommen und in ihrem Wertschriftenportefeuille behalten; die Anteilscheine dem Fonds abzurechnen, würde zu einer Schrumpfung des Fonds führen und damit der Gesamtheit der Anteilscheininhaber schaden. Es sei nie verheimlicht

worden, dass die erwähnten Anteilscheine nicht zulasten des Fonds verbucht worden seien. Die Fondsleitung machte ihrerseits geltend, die Depotbank habe den Rücknahmepreis der Anteile frei festlegen können, da die Anteile ja nicht in den Fonds zurückgenommen, sondern im ausserbörslichen Handel weitervermittelt worden seien.

D.- Die EBK verfügte am 16. Oktober 1973:
"1. X. und dessen Depotbank werden verpflichtet, Anteilscheine über widerrufene Kollektivanlageverträge zulasten des Fondsvermögens auszuzahlen und in die Anteilscheinkontrolle als Rücknahme einzutragen. 2. Die Depotbank wird verpflichtet, die 1973 zurückgenommenen Anteilscheine über 2780 Anteile in die Anteilscheinkontrolle als "Rücknahmen" einzutragen und die Anteilscheine entweder zu vernichten oder nur als Neuausgaben gegen Einzahlung des Ausgabepreises in das Fondsvermögen zu verwenden. Die Bank ist berechtigt, die ausbezahlten Rücknahmepreise dem Fondsvermögen, Wert der seinerzeitigen Auszahlung, zu entnehmen. 3. X. und dessen Depotbank werden verpflichtet, bis auf weiteres jedes Jahr der Revisionsstelle alle Korrespondenzen und Belege betreffend widerrufene Kollektivanlageverträge vorzulegen, auch wenn der Widerruf mit Zustimmung der Fondsleitung zurückgezogen wurde. 4. Für den Fall, dass dieser Verfügung nicht Folge geleistet werden sollte, wird Busse nach Art. 50 AFG angedroht."

E.- Am 8. November 1973 teilte Y. der EBK mit, nachdem die Depotbank ihr die Gründe dargelegt habe, aus denen sie die gekündigten Anteile selbst übernommen habe, und insbesondere erklärt habe, keine Privatperson habe hieraus Nutzen gezogen, sei sie "in friedlicher Absicht bereit", sich mit dem Vorgehen der Depotbank abzufinden. Die EBK schrieb darauf am 9. November 1973 der Depotbank, die Stellungnahme von Y. ändere die Rechtslage nicht. Die Verfügung vom 16. Oktober 1973 sei unverzüglich zu erfüllen.

F.- Mit der vorliegenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt die Fondsleitung Aufhebung der Verfügung der EBK.

G.- Die EBK beantragt Abweisung der Beschwerde.

H.- Der Präsident der verwaltungsrechtlichen Kammer hat der Beschwerde am 30. November 1973 aufschiebende Wirkung zuerkannt, die Depotbank aber gleichzeitig verpflichtet, während der Dauer des Beschwerdeverfahrens die umstrittenen 2780 Anteile nicht auf Dritte zu übertragen.

BGE 100 Ib 213 S. 218

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

5. Das Gesetz verbietet weder der Fondsleitung noch der Depotbank, Anteilscheine des eigenen Anlagefonds zu halten. Art. 14 AFG, der gemäss Art. 18 Abs. 4 AFG sinngemäss auch auf die Depotbank Anwendung findet, verbietet der Fondsleitung lediglich, im Zusammenhang mit dem Erwerb und der Veräusserung von Sachen und Rechten für den Anlagefonds für sich oder für Dritte über die reglementarischen Provisionen hinaus Vermögensvorteile irgendwelcher Art zu beanspruchen oder entgegenzunehmen und vom Anlagefonds Anlagen auf eigene Rechnung zu übernehmen sowie ihm Anlagen aus eigenen Beständen abzutreten, ausgenommen Wertpapiere zum geltenden Börsenpreis. Diese Bestimmung ist zwingend (Art. 8 Abs. 4 AFG); sie ist aber zugleich auch abschliessend. Abs. 1 von Art. 14 AFG weist die Fondsleitung zwar an, in der Geschäftsführung für den Anlagefonds ausschliesslich die Interessen der Anleger zu wahren. Diese allgemeine Verpflichtung steht aber grundsätzlich dem Kauf von Anteilscheinen des eigenen Fonds durch Fondsleitung und Depotbank nicht entgegen. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Depotbank eine gewöhnliche Bank ist (Art. 5 Abs. 3 AFG), Kauf und Verkauf von Wertpapieren für eigene Rechnung oder Rechnung von Kunden demnach zu ihren üblichen Geschäften zählen. In der Lehre wird ihr denn auch das Recht zugestanden, Anteilscheine des eigenen Fonds zu erwerben (RAYMOND JEANPRÊTRE, Le contrat de placement collectif dans le système du droit des obligations, Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, S. 287 ff., 291; GUNTER MÜLLER, Die Rechtstellung der Depotbank im Investmentgeschäft, Diss. Genf 1969, S. 100; vgl. auch ALAIN HIRSCH, Note zu BGE 95 I 481 ff., Journal des Tribunaux 1970 I. S. 253 unten).
Nun entspricht es allerdings dem ordentlichen Lauf der Dinge, dass die Anteilscheine eines Anlegers, der sein Widerrufsrecht ausgeübt hat, zulasten des Fonds zurückbezahlt werden. Hierin liegt im Grunde der Sinn des Widerrufs. Wesentlich ist dabei für den Anleger, dass er seinen Anteil am Fonds innert der gesetzlichen und reglementarischen Fristen (Art. 21 Abs. 2, 36 AFG) in bar ausbezahlt erhält, und dass der Rücknahmepreis so berechnet wird, wie es das Gesetz vorschreibt

BGE 100 Ib 213 S. 219

(Art. 21 Abs. 3 AFG, Art. 11 AFV). Würden die Anteilscheine des Anlegers statt zulasten des Fonds zurückgenommen von Fondsleitung oder Depotbank auf eigene Rechnung erworben, so müsste sich der Anleger keinen Abzug von Kosten und Kommissionen für den Verkauf von Anlagen des Fonds (Art. 11 AFV) gefallen lassen, würden doch in diesem Falle für die Auszahlung an ihn gar keine Anlagen des Fonds verkauft; ausserdem könnte ihm dann auch die Frist von Art. 36 Abs. 2 AFG nicht entgegengehalten werden. Dies heisst aber, dass die Anteilscheine eines Anlegers, der von seinem Widerrufsrecht Gebrauch gemacht hat, nicht ohne sein Wissen statt zulasten des Fonds zurückgenommen, von Fondsleitung oder Depotbank auf eigene Rechnung erworben werden dürfen. Nichts hindert hingegen insbesondere die Depotbank, dem Anleger auf den Widerruf des Kollektivanlagevertrags hin ausdrücklich zu offerieren, ihm die Anteilscheine abzukaufen, hat das Widerrufsrecht doch im wesentlichen nur zum Zweck, dem Anleger zu ermöglichen, seinen Anteil am Anlagefonds auch zu

realisieren, wenn er für seine Anteilscheine keine Abnehmer findet (BGE 96 I 183). Ein solcher Kauf kann unter Umständen den wohlverstandenen Interessen des Fonds besser dienen als die Rücknahme der Anteilscheine zulasten des Fonds. Er setzt allerdings voraus, dass der Anleger den Widerruf des Kollektivanlagevertrags zurückzieht und die Fondsleitung diesem Rückzug zustimmt. Die Zustimmung der Fondsleitung ist vor allem erforderlich, weil der Kauf der Anteilscheine durch die Depotbank den Interessen des Fonds auch einmal zuwiderlaufen kann, etwa wenn der Fonds über reichliche flüssige Mittel verfügt, die er zur Zeit gerade nirgends günstig anlegen kann. Bis zu welchem Zeitpunkt die Depotbank dem Anleger anbieten kann, die Anteilscheine auf eigene Rechnung zu erwerben, statt sie zulasten des Fonds zurückzunehmen, braucht hier nicht im einzelnen untersucht zu werden. Ausgeschlossen ist ein solches Angebot aber jedenfalls nach Rückgabe der Anteilscheine und Auszahlung des Rücknahmepreises. Mit der Rückgabe der Anteilscheine und der Auszahlung des Rücknahmepreises fällt der Kollektivanlagevertrag dahin. Ein nachträglicher Rückzug des Widerrufs vermag nicht, ihn wieder aufleben zu lassen. Das Gebot der Rechtssicherheit und das Interesse der übrigen Anleger daran, dass mit der Auszahlung

des Rücknahmepreises die zurückgegebenen Anteilscheine endgültig aus dem Verkehr gezogen bleiben, soweit sie nicht neu ausgegeben werden, lassen, wie die EBK in ihrer Vernehmlassung zutreffend festhält, keine andere Lösung zu.

6. Im vorliegenden Falle hat Y. in ihren Schreiben an die Fondsleitung jeweils ausdrücklich ihr Widerrufsrecht ausgeübt und Rückzahlung der Anteilscheine zum Rücknahmepreis verlangt. Sie hat die Titel weder der Fondsleitung noch der Depotbank zum Kauf angeboten. Die Fondsleitung ihrerseits hat jeweils bestätigt, die "Kündigung" vorgemerkt zu haben. Einen Kauf der Titel durch sie oder die Depotbank hat sie dabei nie vorgeschlagen. Bei der Einreichung der Anteilscheine hat Y. immer vermerkt, es handle sich um gekündigte Titel, die zum Inkasso eingereicht würden. Selbst die Depotbank bezeichnete in ihrer Abrechnung über die Auszahlung die Anteile als "gekündigt". Ausserdem verwies sie zur Begründung einer Kommission von 1/4% auf Art. 18 lit. 8c des Fondsreglements, der sich auf die Auszahlung zurückgenommener Anteilscheine bezieht. Die Auszahlung basierte auf einer detaillierten Berechnung des Rücknahmepreises. Es trifft zwar zu, dass in den Abrechnungen über die Auszahlung vom laufenden Ertrag keine Verrechnungssteuer abgezogen wurde. Damit allein ist aber nicht nachgewiesen, dass in Wirklichkeit gar keine Rücknahme der Anteile zulasten des Fonds, sondern deren Kauf durch die Depotbank auf eigene Rechnung vereinbart war. Die Beschwerdeführerin macht geltend, Y. habe gewusst, dass die Depotbank schon auf die früheren Kündigungen hin die Anteilscheine jeweils auf eigene Rechnung erworben habe. Selbst wenn dies zuträfe, bliebe es dabei, dass in den hier in Frage stehenden Fällen den Anlegern auf Widerruf der Kollektivanlageverträge hin der - allerdings nicht ganz richtig berechnete - Rücknahmepreis entrichtet wurde und sich nicht die geringste Spur einer - auch bloss stillschweigenden - Vereinbarung des ausserbörslichen Erwerbs der Anteilscheine durch die Depotbank finden lässt. Ob die EBK, bzw. deren Sekretär über die früheren gleichartigen Transaktionen orientiert worden ist, und dagegen seinerzeit keine Einwände erhoben hat, ändert an der Rechtslage nichts.

7. War somit der Widerruf im vorliegenden Falle von einer Rückzahlung der Anteilscheine im Sinne von Art. 21

AFG gefolgt, so hat die EBK in Ziff. 2 des Dispositivs ihres Entscheides, die sich allerdings nicht an die Beschwerdeführerin richtet, die Depotbank zu Recht verpflichtet, die 1973 zurückgenommenen Anteilscheine über 2780 Anteile als Rücknahmen in die Anteilscheinskontrolle einzutragen und, entsprechend BGE 95 I 486 /487, die Anteilscheine entweder zu vernichten oder als Neuausgaben gegen Einzahlung des Ausgabepreises in das Fondsvermögen zu verwenden, und dabei die Depotbank für berechtigt erklärt, die ausbezahlten Rücknahmepreise, Wert der seinerzeitigen Auszahlung, dem Fondsvermögen zu entnehmen. Mit dieser Anordnung ist die EBK Art. 43 Abs. 1 AFG nachgekommen, der ihr aufträgt, bei Verletzung des Gesetzes oder des Fondsreglementes oder sonstigen Missständen die zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände notwendigen Verfügungen zu erlassen. Die Herstellung des rechtmässigen Zustandes war noch möglich, soweit die im Jahre 1971 gekündigten, noch im Besitze der Depotbank befindlichen Anteile in Frage standen. Für die früher gekündigten Anteile, die seinerzeit an Dritte weitergingen, hat die EBK, wohl weil die Herstellung des rechtmässigen Zustandes ohnehin unmöglich gewesen wäre, nichts angeordnet. Auch Ziff. 3 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids verletzt kein Bundesrecht. Sie bezweckt lediglich, die Revisionsstelle in die Lage zu setzen, in Zukunft die Behandlung der Rückzahlung von Anteilen zu überwachen. Die Anordung ist als solche denn auch gar nicht angefochten. Ziff. 4 des Dispositivs schliesslich hat ihren Rechtsgrund in Art. 50 Ziff. 1 Abs. 5 AFG, wonach mit Busse bis zu Fr. 5000.– bestraft wird, wer vorsätzlich oder fahrlässig einer von der Aufsichtsbehörde unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn ergangenen Verfügung nicht Folge leistet.
Die angefochtene Verfügung erweist sich damit als rechtmässig. Hieran würde sich auch nichts ändern, wenn Y. tatsächlich, wie die Beschwerdeführerin gestützt auf deren Schreiben vom 8. November 1973 an die EBK geltend macht, nunmehr ihren Widerruf hinsichtlich der in Frage stehenden Anteile zurückgezogen hätte und damit einverstanden wäre, die Transaktion als ausserbörslichen Verkauf der Anteilscheine an die Depotbank abzuwickeln. Die Rückzahlungen waren am 8. November 1973 schon vollständig geleistet. Anhaltspunkte

für eine frühere Sinnesänderung von Y. fehlen. Die Kollektivanlageverträge, die hier in Frage stehen, waren am 8. November 1973 also bereits dahingefallen. Ein allfälliger Rückzug des Widerrufs durch Y. konnte sie nicht mehr aufleben lassen. Ändern würde sich in rechtlicher Hinsicht auch nichts, wenn Y. in Übereinstimmung mit Fondsleitung und Depotbank heute erklären würde, die Rückzahlung der Anteilscheine sei als ausserbörslicher Kauf durch die Depotbank zu betrachten. Eine solche Uminterpretation vermöchte nach Abwicklung der Rückzahlungen für die fraglichen Anteile keine Rechtswirkungen mehr zu entfalten. Die Beschwerde muss deshalb abgewiesen werden.