Urteilskopf

110 II 74

16. Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Februar 1984 i.S. X. und Y. gegen Interallianz Bank Zürich AG und Hänsli (Berufung)
Regeste (de):
Schädigung eines fondsähnlichen Sondervermögens; Haftung.

1. Art. 55 Abs. 1 lit. b und c OG. Anforderungen an die Berufungsanträge; unzulässiger Hinweis auf andere Rechtsschriften (E. I/1).

2. Art. 1 Abs. 1 AFG. Internationales Schuldverhältnis zwischen Anlegern und Organen der Geschäftsführung, die aus steuerrechtlichen Gründen scheinbar ins Ausland verlegt wird; anwendbares Recht (E. I/2 und 3).

3. Art. 1 Abs. 2 AFG. Fondsähnliche Sondervermögen, die nicht nach dem Grundsatz der Risikoverteilung verwaltet werden; Gesetzmässigkeit von Art. 5 Abs. 1 und 2 der Vollzugsverordnung zum AFG (E. II/1), insbesondere wenn das Vermögen in einer Betriebsgesellschaft angelegt wird (E. II/2).

4. Art. 2 Abs. 1 AFG. Kollektive Kapitalanlage, Fremdverwaltung und öffentliche Werbung als Begriffsmerkmale des Anlagefonds; Umstände, unter denen sie zu bejahen oder noch abzuklären sind, um Ersatzforderungen von Anlegern gegen Organe der Geschäftsführung beurteilen zu können (E. II/3-5).

Regeste (fr):
Dommage causé à un fonds de nature analogue aux fonds de placement; responsabilité.

1. Art. 55 al. 1 let. b et c OJ. Exigences relatives aux conclusions du recours en réforme; renvoi inadmissible à d'autres écritures (consid. I/1).

2. Art. 1 al. 1 LFP. Rapport d'obligation international entre porteurs de parts et organes de la direction, transférée en apparence à l'étranger pour des motifs fiscaux; droit applicable (consid. I/2 et 3).

3. Art. 1 al. 2 LFP. Fonds de nature analogue aux fonds de placement, qui ne sont pas gérés selon le principe de la répartition des risques; légalité de l'art. 5 al. 1 et 2 de l'ordonnance d'exécution de la LFP (consid. II/1), notamment lorsque la fortune est placée dans une société d'exploitation (consid. II/2).

4. Art. 2 al. 1 LFP. Placement collectif, administration par des tiers et appel au public, éléments caractéristiques du fonds de placement; circonstances dans lesquelles il y a lieu d'en admettre l'existence ou de clarifier la situation pour pouvoir juger de prétentions en dommages-intérêts de porteurs de parts contre des organes de la direction (consid. II/3-5).

Regesto (it):
Danno causato a un patrimonio di natura analoga al fondo d'investimento; responsabilità.

1. Art. 55 cpv. 1 lett. b e c OG. Requisiti relativi alle conclusioni del ricorso per riforma; rinvio inammissibile ad altri allegati scritti (consid. I/1).

2. Art. 1 cpv. 1 LFI. Rapporto obbligatorio internazionale tra partecipanti e organi della direzione, apparentemente trasferita all'estero per ragioni fiscali; diritto applicabile (consid. I/2 e 3).

3. Art. 1 cpv. 2 LFI. Patrimoni di natura analoga ai fondi d'investimento, non amministrati secondo il principio

della ripartizione dei rischi; legittimità dell'art. 5 cpv. 1 e 2 dell'ordinanza d'esecuzione della LFI (consid. II/1), in particolare ove il patrimonio sia investito in una società d'esercizio (consid. II/2).

4. Art. 2 cpv. 1 LFI. Investimento collettivo, amministrazione da parte di terzi e appello al pubblico, quali elementi caratteristici del fondo d'investimento; circostanze in cui ne va ammessa l'esistenza o in cui la situazione deve essere acclarata per poter giudicare sulle pretese risarcitorie fatte valere dai participanti contro gli organi della direzione (consid. II/3-5).

Sachverhalt ab Seite 75

BGE 110 II 74 S. 75

A.- Nemitz, Cleopas und Skouvaklis gründeten am 25. Juni 1969 die Clinique Bellerive S.A. (CBSA) mit Sitz in Genf. Die Gesellschaft beabsichtigte insbesondere, für Fr. 543'000.- in der Gemeinde Collonge-Bellerive bei Genf 13'584 m2 Bauland zu kaufen und dort eine namhafte Klinik zu erstellen und zu betreiben. Ihr Grundkapital von Fr. 50'000.- war zerlegt in vinkulierte Namenaktien, bestehend aus 40 Aktien zu Fr. 1'000.- sowie aus 100 Stimmrechtsaktien zu Fr. 100.-, die den beiden erstgenannten Gründern vorbehalten wurden. Nemitz und Cleopas waren zudem Mehrheitsaktionäre der Société d'Etudes financières et de Transactions immobilières S.A. (SEFTI) in Genf, die sich mit dem Bau und Verkauf von Immobilien aller Art im In- und Ausland befasste; sie hatte die Klinik Bellerive zu planen und zu bauen. Am 29. April 1971 gründeten Max Hänsli, die Bank Gut/Streiff AG und ein Dritter die Dispo AG Zürich. Es handelte sich dabei vor allem um eine Finanzgesellschaft, der die SEFTI sogleich das ausschliessliche Recht übertrug, Anteile an allen ihren Bauvorhaben, insbesondere auch solche an der CBSA, soweit sie für Ausländer zur Verfügung standen, in der Bundesrepublik Deutschland anzubieten und zu verkaufen. Die Dispo AG Zürich versprach, in 75 Tagen für 1 Mio. Franken und nach Vorliegen der deutschen Unterlagen innert 150 Tagen für weitere Fr. 980'000.-

BGE 110 II 74 S. 76

CBSA-Anteile zu plazieren. Sie übernahm die 40 Namenaktien der CBSA zu Fr. 1'000.-, verband jede Aktie mit einem Darlehen von Fr. 174'000.- und teilte sie in Zehntel auf. Auf diese Weise entstanden 400 CBSA-Anteile von je Fr. 17'400.-, die sie im Juni 1971 zum Preise von Fr. 17'500.- zur Zeichnung anbot; 360 Anteile aus 36 Aktien wurden daraufhin abgesetzt. Am 12. November 1971 schrieb die Eidgenössische Steuerverwaltung der Bank Gut/Streiff AG, dass die Anteile an den CBSA-Aktien von je einem Zehntel und einer Darlehensquote von Fr. 17'400.- steuerrechtlich als Anteile an einem inländischen Kollektivanlagevermögen anzusehen seien, das wie ein Anlagefonds behandelt werde; die Anteile unterlägen deshalb der Emissionsabgabe und der Verrechnungssteuer. Um dieser steuerrechtlichen Beurteilung zu entgehen, wurde am 29. Dezember 1971 die Dispo AG Vaduz gegründet, die den Anlegern der Emission 1971 im Mai 1972 eigene "Zertifikate" zustellte und die früheren "Beteiligungserklärungen" für ungültig erklärte; gleichzeitig ersuchte sie die Anleger, den mit "Beteiligung und Vollmacht" überschriebenen Vertrag, den sie mit der Dispo AG Zürich abgeschlossen hatten, zurückzusenden. Um die Jahreswende 1972/73 und im August 1974 veranlasste die CBSA je eine weitere Emission, nachdem sie vorher ihr Aktienkapital jeweils erhöht hatte; sie liess die Kapitalerhöhungen im Handelsregister aber nicht eintragen und die neuen Aktien auch nicht als Titel herausgeben. Aus den drei Emissionen erhielt sie von den Dispo-Gesellschaften für abgesetzte CBSA-Anteile insgesamt rund 10 Mio. Franken an Darlehen.

B.- Ende 1974 wurden die Darlehenszinse nicht mehr bezahlt, weder von der CBSA noch von der SEFTI, die dafür garantiert hatte. Am 4. Februar 1975 starb Nemitz in Genf unter mysteriösen Umständen. Im März wurde über die SEFTI ohne vorgängige Betreibung der Konkurs eröffnet. Das gleiche widerfuhr im April Cleopas, der aus Genf verschwand. Am 10. Juni 1975 ging auch die CBSA in Konkurs, deren Klinik in Collonge-Bellerive inzwischen gebaut und eröffnet worden war, die den Betrieb aber bereits im April 1975 hatte einstellen müssen. Die Versteigerung ergab für Immobilien und Mobilien insgesamt 11,5 Mio. Franken, womit nicht einmal die Hypothekarschulden im ersten Rang gedeckt werden konnten. Ein Inhaberschuldbrief im zweiten Rang, lautend auf Fr. 12'354'000.-, den die CBSA der Dispo AG Zürich als Sicherheit für die Darlehen übergeben hatte,

wurde wegen Verstosses gegen Vorschriften des BewB für nichtig erklärt. Im Juni 1977 wurde ferner über die Dispo AG Zürich der Konkurs eröffnet; die Konkursgläubiger, zu denen auch die Zeichner von Anteilen an CBSA-Aktien gehörten, gingen leer aus. Welches Schicksal die Dispo AG Vaduz erfahren hat, ist nicht bekannt.

C.- X. hatte zwei Anteile der ersten, Y. zwei Anteile der dritten Emission gezeichnet. Im März 1980 klagten sie gegen die Interallianz Bank Zürich AG, die inzwischen Nachfolgerin der Bank Gut/Streiff AG geworden war, sowie gegen Max Hänsli auf Zahlung von je Fr. 18'375.- nebst Zins. Sie verlangten damit Schadenersatz für einen Anteil und behielten sich vor, die Entschädigung für den zweiten in einem spätern Zeitpunkt einzuklagen. Sie machten geltend, dass das von den Anlegern aufgebrachte Kapital ein den Anlagefonds ähnliches Sondervermögen sei und daher dem Bundesgesetz über die Anlagefonds (AFG) vom 1. Juli 1966 unterstehe. Die Interallianz hafte ihnen als Depotbank im Sinne von Art. 5 AFG und als Revisionsstelle der Dispo AG Zürich für schädigende Handlungen, die bei der Emissionen und bei der Verwaltung der Anlagewerte begangen worden seien. Auch Hänsli habe als Verwaltungsrat der Dispo AG Zürich und als Vizedirektor der Bank für solche Handlungen einzustehen. Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage am 29. November 1982 ab. Es fand, dass durch die Anleger kein Sondervermögen aufgebracht worden sei, das die Dispo AG Zürich getrennt von ihrem Gesellschaftsvermögen hätte verwalten müssen; jeder Anleger habe von ihr vielmehr genau umschriebene Rechte an Aktienanteilen samt den damit verbundenen Forderungen erworben. Daran habe sich auch nach der Gründung der Dispo AG Vaduz nichts geändert, die zusammen mit den Anlegern eine einfache Gesellschaft gebildet habe, im Aussenverhältnis Eigentümerin der Namenaktien geblieben sei und das aufgebrachte Kapital verwaltet habe; aus wichtigen Gründen hätten die Anleger ihr die Geschäftsführung übrigens entziehen und einem andern übertragen können. Fondsähnliche Sondervermögen ohne Risikoverteilung könnten zudem nur in Immobilien oder reinen Immobiliengesellschaften, nicht aber in einer Betriebsgesellschaft wie die CBSA bestehen, bei der die Kläger ihr Geld angelegt hätten. Die materiellen Voraussetzungen des AFG seien daher nicht erfüllt, falls diese Gesetz im vorliegenden Fall überhaupt anwendbar sei.

D.- Die Kläger haben gegen dieses Urteil Berufung eingelegt mit den Anträgen, es aufzuheben und ihre Klage gutzuheissen oder die Sache mit der Verpflichtung, sie nach dem AFG zu beurteilen, an das Handelsgericht zurückzuweisen. Die Beklagten schliessen auf Abweisung der Berufung, die Interallianz eventuell auch auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
I.

I.1. Die Berufungsanträge der Kläger genügen den Anforderungen des Art. 55 Abs. 1 lit. b OG. Aus den Hauptanträgen und den im Urteil wiedergegebenen Rechtsbegehren ist ohne weiteres zu ersehen, in welchem Sinne sie den angefochtenen Entscheid abgeändert wissen wollen (BGE 101 II 373, BGE 98 II 223, BGE 90 II 479). Der Eventualantrag erweist sich ebenfalls als zulässig, wenn die Rechtsauffassung der Kläger begründet sein sollte, das Bundesgericht aber kein Sachurteil fällen könnte (BGE 106 II 203 E. 1 mit Hinweisen). Als unzulässig sind dagegen ihre Hinweise auf andere Rechtsschriften oder Ausführungen im kantonalen Verfahren anzusehen, da in der Berufungsschrift selber darzulegen ist, inwiefern das angefochtene Urteil Bundesrecht verletzt. Das gilt sinngemäss auch für die Beklagten, welche die Berufungsantwort ebenfalls durch Vorbringen im kantonalen Verfahren ergänzt wissen möchten (BGE 108 II 18 E. 1c und 427 E. 2d).

I.2. Gemäss Art. 43 Abs. 1 OG kann die Berufung nur mit der Verletzung von Bundesrecht, zu dem auch die Kollisionsregeln des schweizerischen internationalen Privatrechts gehören, begründet werden. Geht es wie hier um ein internationales Schuldverhältnis, so ist zunächst nach schweizerischem Recht zu prüfen, wie es zu qualifizieren ist, und sodann zu bestimmen, welche Rechtsordnung nach den schweizerischen Kollisionsnormen darauf anwendbar ist (BGE 108 II 442, BGE 107 II 485 mit Hinweisen). Soweit die Kläger sich auf einen Kollektivanlagevertrag und damit auf eine vertragliche Haftung berufen, unterstehen ihre Rechtsbegehren schweizerischem Recht, wenn von einem fondsähnlichen Sondervermögen auszugehen und die Dispo AG Zürich

als Fondsleitung anzusehen ist; dass diesfalls das AFG samt seinen zivilrechtlichen Bestimmungen anzuwenden ist, ergibt sich aus seinem Art. 1 Abs. 1. Ob dieses Gesetz, das auch öffentlichrechtliche Zwecke verfolgt, Streitigkeiten aus seinem Geltungsbereich einem anderen Recht zu unterstellen erlaubt, kann dahingestellt bleiben, da beide Dispo-Gesellschaften ausdrücklich bestimmt haben, dass auf das Rechtsverhältnis zwischen den Anlegern und der Geschäftsführung schweizerisches Recht anwendbar sei. Daran würde auch die Annahme nichts ändern, dass die Dispo AG Vaduz den Kollektivanlagevertrag mit den Anlegern abgeschlossen, mit der Geschäftsführung aber die Dispo AG Zürich beauftragt habe. Für den ersten Vertrag ergäbe sich die Anwendbarkeit aus dem gewählten Recht und für den zweiten aus dem Ort der Geschäftsführung sowie aus dem Sitz der Beauftragten (BGE 91 II 446, BGE 77 II 93), an welche sich der Anleger direkt wenden konnte (Art. 399 Abs. 3 OR in Verbindung mit Art. 8 Abs. 3 AFG). Die gleiche Lösung ergibt sich für eine weitergehende Haftung aus unerlaubten Handlungen, die nach allgemeinen Grundsätzen des internationalen Privatrechts dem Recht am Ort unterstehen, wo sie begangen worden sind (BGE 100 II 200 mit Zitaten).

I.3. Nach Art. 1 Abs. 1 AFG ist dieses Gesetz anwendbar auf alle Anlagefonds, deren Leitung ihren Sitz in der Schweiz hat. Das Handelsgericht räumt ein, dass auch ein Anlagefonds mit Sitz im Ausland dem AFG unterstehen kann, wenn der Schwerpunkt seiner Geschäftstätigkeit in der Schweiz liegt. Es lässt dann aber offen, wie es sich mit dieser Voraussetzung vorliegend verhielt. Die Kläger halten sie für erfüllt, weil der vom Gesetz erstrebte Schutz der Anleger vereitelt würde, wenn die Fondsleitung sich wegen drohender Massnahmen aufgrund des Gesetzes ins Ausland verziehen könnte. Die Beklagten dagegen bestreiten sie, da die Leistung des angeblich fondsähnlichen Vermögens ihren statutarischen Sitz jedenfalls seit der Gründung der Dispo AG Vaduz im Ausland gehabt habe und vor allem in Deutschland tätig gewesen sei. a) Der Auffassung der Beklagten ist vorweg entgegenzuhalten, dass die Dispo AG Zürich die erste Emission von 1971 samt deren Vorbereitungen besorgt hat. Sie erhielt zu diesem Zwecke von der SEFTI denn auch das ausschliessliche Recht übertragen, Anteile an CBSA-Namenaktien in der Bundesrepublik abzusetzen. Dass die Dispo AG Vaduz im Mai 1972 die

Emissionsurkunden teilweise ersetzt hat, indem sie die "Beteiligungserklärungen" von den Anlegern

BGE 110 II 74 S. 80

zurückverlangte und ihnen eigene "Zertifikate" zustellte, hilft darüber nicht hinweg; dies geschah offensichtlich, um der Rechtsauffassung der Eidgenössischen Steuerverwaltung gemäss deren Schreiben vom 12. November 1971 über die fiskalischen Aspekte der Emission auszuweichen. Auf dieses Schreiben hin ist zudem Ende 1971 die Dispo AG Vaduz gegründet worden, welche die zweite und dritte Emission durchgeführt hat. Dass auch dies vorweg aus steuerrechtlichen Gründen geschehen ist, liegt auf der Hand, ist an sich aber nicht zu beanstanden, da Gesellschaften nach Landesrecht und nach schweizerischem internationalen Privatrecht ihren statutarischen Sitz frei wählen und dabei auch steuerliche Überlegungen berücksichtigen dürfen. Die Rechtsprechung macht freilich einen wichtigen Vorbehalt für den Fall, dass der statutarische Sitz sich als fiktiv erweist, mit den tatsächlichen Verhältnissen also nicht übereinstimmt und nur gewählt worden ist, um der Gesetzgebung des Landes zu entgehen, in dem die Gesellschaft in Wirklichkeit tätig ist (BGE 108 II 125 E. 2 und 400 E. 3 mit Zitaten). Dass hier ein solcher Fall vorliegt, lässt sich im Ernst nicht bestreiten. Die Dispo AG Zürich liess sich schon zwei Tage vor ihrer Gründung das ausschliessliche Recht für den Vertrieb von CBSA-Anteile an Ausländer sowie die Befugnis zusichern, dieses Recht durch andere natürliche und juristische Personen auszuüben. Sie blieb auch nach der Gründung der Dispo AG Vaduz bestehen und besorgte die Aufgaben, welche die SEFTI ihr gemäss "General-Vertriebsvertrag" vom 7. Mai 1971 übertragen hatte, mit Ausnahme der Emissionen weiterhin selber. Indem sie insbesondere die aufgebrachten Gelder auf ein Sperrkonto bei der Bank Gut/Streiff AG einzahlen und den Anlegern die Zinsen durch diese Bank ausrichten oder gutschreiben liess, sich jeweils durch eigene Berichte über die Kapitalerhöhung der CBSA an die Kunden wandte, ihnen neue Zeichnungsmöglichkeiten anbot, sich als Pfandgläubigerin der CBSA ausgab, angeblich sämtliche Aktien dieser Gesellschaft treuhänderisch besass und die Sicherheiten für die Darlehen verwaltete, behielt sie alle wesentlichen Befugnisse einer Fondsleitung bei. b) Unter solchen Umständen geht es nicht an, die Anwendbarkeit des AFG vorliegend nach der Tätigkeit der Dispo AG Vaduz, die vor allem zur Verlegung der Emissionen gegründet worden ist, beurteilen zu wollen. Als massgebender Sitz im Sinne von Art. 1 AFG muss vielmehr derjenige der Dispo AG Zürich angesehen

BGE 110 II 74 S. 81

werden, der auch Ort der Geschäftsführung geblieben ist. Vorübergehende Abweichungen davon erhöhen das Risiko der Anleger und rechtfertigen keine Ausnahme, zumal wenn die Kunden wie hier über die Gründe im ungewissen gelassen werden. Sie widersprechen zudem den Grundgedanken des AFG, laufen sie doch darauf hinaus, sich der staatlichen Aufsicht zum Schutze der Anleger zu entziehen (BGE 107 Ib 363, BGE 100 II 60 E. 3, BGE 94 I 80 E. 5b; SCHUSTER, Taschenausgabe AFG, N. 3 zu Art. 1 Abs. 1). Die Anwendbarkeit des AFG auf die vorliegende Streitigkeit ist daher grundsätzlich zu bejahen. II Nach dem gesetzlichen Begriff ist der Anlagefonds 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). Der Bundesrat ist nach Art. 1 Abs. 2 AFG ermächtigt, das Gesetz auf Sondervermögen auszudehnen, die den Anlagefonds ähnlich sind.

II.1. Der Bundesrat hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, indem er in Art. 5 Abs. 1 AFV Vermögen, die vertragsgemäss nicht nach dem Grundsatz der Risikoverteilung angelegt werden, im übrigen aber dem gesetzlichen Begriff des Anlagefonds entsprechen, ebenfalls dem Gesetz unterstellt hat. a) Dass vorliegend das

aufgebrachte Kapital nicht nach diesem Grundsatz angelegt worden ist, sondern gemäss Vertrag mit den Anlegern einzig für den Bau und den Betrieb der Klinik Bellerive verwendet werden sollte, ist unbestritten. Streitig ist dagegen, ob gleichwohl von einem fondsähnlichen Sondervermögen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 AFG die Rede sein könne. Die Beklagten verneinen dies vorweg mit dem Einwand, dass Art. 5 Abs. 1 AFV gesetzwidrig und daher unbeachtlich sei; sie berufen sich auf A. 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. 71) und FORSTMOSER (Zum schweizerischen Anlagefondsgesetz, S. 33). Die Gesetzmässigkeit des Art. 5 Abs. 1 AFV wird von diesen Autoren in der Tat angezweifelt. Das Bundesgericht hat sie unter Hinweis auf die Zielsetzungen und die Entstehungsgeschichte des Gesetzes indes bereits wiederholt bejaht (BGE 98 Ib 47 /48 mit

Zitaten). Daran ist festzuhalten, zumal das Bundesgericht bloss prüfen kann, ob die streitige Verordnungsvorschrift die dem Bundesrat eingeräumte Ermächtigung überschreite oder aus andern Gründen gesetz- oder verfassungswidrig sei (BGE 107 Ib 246 und 104 Ib 425 mit Hinweisen). Weder das eine noch das andere lässt sich sagen. Die Befugnis des Bundesrates, fondsähnliche Sondervermögen dem Gesetz zu unterstellen, ist weit gefasst und lässt sich zwangslos auch auf gemeinschaftliche Kapitalanlagen beziehen, die nicht nach dem Grundsatz der Risikoverteilung verwaltet werden. Die streitige Vorschrift ist dagegen eher eng ausgefallen, da sie sich auf einen Sonderfall beschränkt, von dem entgegen der Auffassung der Beklagten übrigens schon bei der Vorbereitung des Gesetzes die Rede war (Botschaft des Bundesrates, in BBl 1965 III 315). Das Bedürfnis der Anleger nach Schutz und staatlicher Aufsicht kann in Fällen, wo die Geschäftsführung ein Sondervermögen vertragsgemäss in einem einzigen Unternehmen anlegen darf, sich also nicht an den allgemein anerkannten Grundsatz fachkundiger Kapitalanlage zu halten braucht, sogar erheblich grösser sein. Schutz und Aufsicht würden aber vereitelt, wenn solche Fälle nicht dem Gesetz unterstellt würden, obschon die übrigen Voraussetzungen dafür gegeben sind. Müssten auch fondsähnliche Sondervermögen den gesetzlichen Begriff des Anlagefonds in allen Teilen und die gleichen Voraussetzungen für eine Unterstellung erfüllen, wie die Beklagten anzunehmen scheinen, so hätte sich Art. 1 Abs. 2 AFG erübrigt. Art. 5 Abs. 1 AFV ist daher in Fällen wie hier weder nach dem Wortlaut noch nach dem Zweck der Ermächtigung, die das Gesetz dem Bundesrat eingeräumt hat, zu beanstanden (EMCH, Der Geltungsbereich des Anlagefondsgesetzes, Diss. Zürich 1975, S. 183). b) die Beklagten wenden ferner ein, Art. 5 AFV gelte jedenfalls nicht für Wertschriftenfonds, welche aus Anteilen an einer einzigen Betriebsgesellschaft bestehen; das Gesetz könne nicht in Art. 7 die Risikoverteilung für Wertschriftenfonds zwingend vorschreiben, solche Fonds auf dem Umweg über die Verordnung aber wieder verbieten wollen. Art. 5 AFV könne sich zudem höchstens auf die öffentlichrechtlichen Vorschriften, hingegen nicht auf die in Art. 24 bis 26 enthaltenen zivilrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes beziehen.
Für fondsähnliche Sondervermögen, die nicht nach dem Grundsatz der Risikoverteilung angelegt werden, bestimmt Art. 5 Abs. 2 AFV,

dass die Aufsichtsbehörde mit Rücksicht auf die besondere Natur solcher Vermögen Abweichungen vom Gesetz und von der Verordnung zulassen kann. Besteht diese Bestimmung zu Recht, so kann die Eidg. Bankenkommission als Aufsichtsbehörde notfalls auch von Art. 7 AFG, der die Risikoverteilung regelt, abweichen. Die Kritik der Beklagten richtet sich daher auch gegen die Gesetzmässigkeit von Art. 5 Abs. 2 AFV, der in der Tat aussergewöhnlich, aber bereits in BGE 98 Ib 47 ff. als Grundlage für Ausnahmebewilligungen der Aufsichtsbehörde

hingenommen worden ist. Die Befugnis der Verwaltungsbehörde, Abweichungen vom Gesetz oder von der Verordnung zu bewilligen, geht aus der gesetzlichen Delegationsnorm zugunsten des Bundesrates, fondsähnliche Sondervermögen dem Gesetz zu unterstellen, nicht ausdrücklich hervor. Sie ist aber darin, wenn nicht als das Mindere, so doch als notwendige Ergänzung für Fälle eingeschlossen, in denen sich die Unterstellung nur mit Vorbehalten oder in beschränktem Masse rechtfertigt, weil die analoge Anwendung des Gesetzes sonst verunmöglicht oder übermässig erschwert würde. Art. 5 Abs. 2 AFV erweist sich daher als ein angemessenes Mittel, fondsähnliche Sondervermögen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 AFG im Interesse der Anleger aufrechtzuerhalten und in den Griff zu bekommen, statt sie für unzulässig zu erklären. Das muss auch für gemeinschaftliche Kapitalanlagen in Unternehmen gelten. Art. 1 Abs. 2 AFG gehört zu den allgemeinen Bestimmungen und bezieht sich auf den ganzen Geltungsbereich des Gesetzes; das eine erhellt aus der Überschrift, das andere aus dem Randtitel. Weder die Delegationsnorm noch die gestützt darauf erlassenen Verordnungsvorschriften enthalten Anhaltspunkte dafür, dass Art. 5 AFV auf die öffentlichrechtliche Regelung des Gesetzes zu beschränken, die zivilrechtliche also davon auszunehmen sei. Was eine solche Beschränkung rechtfertigen sollte, versuchen die Beklagten nicht darzutun und ist auch nicht zu ersehen. Sie müssen sich vielmehr entgegenhalten lasen, dass es einer Hauptaufgabe des Gesetzes, nämlich die Anleger auch in zivilrechtlicher Hinsicht wirksam zu schützen (BGE 100 II 60, BGE 94 I 80, BGE 93 I 480; AMONN, Der Kollektivanlagevertrag, in Schweiz. Privatrecht Bd. VII/2, S. 284), stracks zuwiderliefe, wollte man fondsähnliche Sondervermögen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 AFG einzig den öffentlichrechtlichen Vorschriften des Gesetzes unterstellen, wenn sie vertragsgemäss nicht nach dem Grundsatz der Risikoverteilung angelegt werden.

BGE 110 II 74 S. 84

II.2. Das Handelsgericht hält unter Hinweis auf EMCH (S. 176 ff.) für entscheidend, dass fondsähnliche Wertschriftenvermögen ohne Risikoverteilung nur in Immobilien oder reinen Immobiliengesellschaften, nicht aber in Betriebsgesellschaften angelegt werden könnten. Vorliegend sei nicht etwa eine Vermietung, sondern von Anfang an ein Klinikbetrieb geplant worden, der nach den Berechnungen der Initianten jährlich gegen 30% Rendite hätte abwerfen sollen. Die CBSA sei also eine Betriebsgesellschaft gewesen, weshalb sich die Anteile an ihren Aktien nicht als fondsähnliches Sondervermögen ausgeben liessen. a) Diese Betrachtungsweise wird von den Klägern zu Recht kritisiert. Das Handelsgericht verkennt, das dem Gesetz unterstellte und nach den gesetzlichen Anforderungen geplante Sondervermögen auseinanderzuhalten sind. Entspricht ein geplanter Fonds diesen Anforderungen nur zum Teil, indem z.B. die Schutznorm der Risikoverteilung nicht beachtet wird, so heisst das keineswegs, das daraufhin von Anlegern aufgebrachte Vermögen falle überhaupt nicht unter das Gesetz. Es kann ein fondsähnliches Sondervermögen oder sogar eine unzulässige Kapitalanlage vorliegen, die von der Aufsichtsbehörde gerade im Interesse der Anleger dem Gesetz unterworfen werden kann, wenn zwingende Anlagevorschriften nicht eingehalten worden sind (VPB 1974 Nr. 63). Die Kläger bemerken mit Recht, dass die Anwendbarkeit des Gesetzes sonst weitgehend vom Vorgehen der Organisatoren abhängig gemacht würde. Sollte das Handelsgericht Art. 5 AFV insoweit für gesetzwidrig halten, so wäre auf bereits Gesagtes zu verweisen. Die Auffassung der Vorinstanz, Betriebsgesellschaften könnten nicht Gegenstand von fondsähnlichen Vermögen im Sinne von Art. 5 AFV sein, findet zudem im Gesetz keine Stütze. Es liegt auch nichts für eine echte Gesetzeslücke vor, welche der Richter auszufüllen hätte (BGE 103 Ia 503 mit Zitaten). Sollte es zum Schutze der Anleger erwünscht sein, dass fondsähnliche Wertschriftenvermögen nur in Immobilien oder reinen Immobiliengesellschaften angelegt werden, so wäre dies vielmehr ein Grund, Betriebsgesellschaften ebenfalls dem Gesetz zu unterstellen, wenn sie Gegenstand eines solchen Sondervermögens sind.
b) Dass die vom Handelsgericht vertretene Auffassung der Praxis der Aufsichtsbehörde entspreche, ist seinem Urteil nicht zu entnehmen. Aus einem Entscheid des Bundesgerichts vom 6. März 1970 i.S. Ring-Hotel-Verwaltungs AG erhellt im Gegenteil, dass die Aufsichtbehörde in jenem Fall ein Sondervermögen, das in

BGE 110 II 74 S. 85

einem Appartementhotel am Luganersee angelegt war, dem AFG unterstellt wissen wollte und mit ihrer Auffassung durchgedrungen ist. Die Aktiven des Vermögens bestanden aus Darlehen und aus den Aktien der Haltergesellschaft, die das Bauland kaufte und das Appartementhotel erstellen liess. Wer einen Anteilschein erwarb, erhielt u.a. ein Benutzungsrecht an einem bestimmten Appartement. Das Sondervermögen setzte sich somit nicht bloss aus Immobilien oder einer reinen Immobiliengesellschaft zusammen, sondern umfasste auch alle mit dem Bau und Betrieb eines Hotels verbundenen Risiken. Weil es nicht nach dem Grundsatz der Risikoverteilung angelegt war, galt es nicht als Anlagefonds im Sinne des AFG, wurde aber von der Aufsichtsbehörde gemäss Art. 5 AFV dem Gesetz unterstellt. Die Rechtsauffassung einer Verwaltungsbehörde über den Geltungsbereich eines Gesetzes bindet die Gerichte freilich nicht. Im Interesse der Rechtssicherheit versteht es sich indes von selbst, dass der Richter ihr nur widerspricht, wenn er dafür sachliche Gründe anführen kann. Zu einer abweichenden Beurteilung besteht in Fällen wie hier um so weniger Anlass, als in der Botschaft des Bundesrates zum Gesetzesentwurf wiederholt betont worden ist, dass namentlich die Form des Immobilienanlagefonds nicht zum Finanzierungsinstrument kapitalsuchender oder geldbedürftiger Unternehmer der Industrie, des Gewerbes oder des Handels werden dürfe, weil dies weder den Interessen der Anleger noch den Grundgedanken des Anlagefonds entspräche (BBl 1965 III 266, 274, 284, 289, 301 und 306). Dass das Gesetz entsprechende Sicherungen vorsieht, um einen Missbrauch von Anlagefonds zu unternehmerischen Zwecken zu verhindern, wird auch im Schrifttum hervorgehoben (FORSTMOSER, S. 15/16; EMCH, S. 114 ff.; B. GEIGER, Der zivilrechtliche Schutz des Anlegers, Diss. Zürich 1971, S. 45). Deswegen sind die privatrechtlichen Bestimmungen zum Schutze der Anleger denn auch grösstenteils zwingend festgelegt und die Anlageorganisationen gehalten, die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien im Fondsreglement einlässlich und klar zu umschreiben (BBl 1965 III 281 und 284). Dazu gehört ferner, dass strafrechtlich verfolgt werden darf, wer sich insbesondere ohne Bewilligung als Fondsleitung betätigt oder andere als die nach dem Gesetz zulässigen Geschäfte betreibt (Art. 49 Ziff. 1 AFG), und dass bestehende Anlagefonds innert drei Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes angepasst werden mussten, andernfalls sie als aufgelöst galten (Art. 53 Abs. 2 und 4 AFG). Mit solchen Normen zum Schutze

der Anleger sind Missbräuche mit Anlagefonds aber nur zu beseitigen, wenn entgegen der Auffassung des Handelsgerichts auch unzulässige Fonds dem Gesetz unterworfen werden können.

II.3. Nach Annahme der Vorinstanz haben die Anleger vorliegend kein fondsähnliches Sondervermögen im Sinne von Art. 5 AFV aufgebracht, das im Interesse aller als kollektive Kapitalanlage verwaltet worden wäre; jeder von ihnen habe vielmehr gegen Überweisung des Emissionspreises für einen Anteil den Zehntel einer CBSA-Aktie samt den damit verbundenen Forderungen gegen die Gesellschaft erworben. a) Der Begriff "Sondervermögen" kommt in Art. 1 Abs. 2 AFG und im Randtitel des Art. 5 AFV vor. Er unterscheidet sich durch das Vorwort vom entsprechenden der romanischen Texte ("fonds", "patrimoni"), bezeichnet aber in allen Amtssprachen eine Gesamtheit von Vermögenswerten, die von der Fondsleitung für Rechnung der Anleger wie fiduziarisches Eigentum verwaltet werden, vom eigenen Vermögen der Fondsleitung aber zu trennen sind und deshalb eine als Sondervermögen bezeichnete Einheit bilden (BGE 101 II 158 /59, BGE 99 Ib 438 mit Zitaten; AMONN, a.a.O. S. 299). Die Dispo Zürich besass fiduziarisch für Rechnung der Geldgeber nicht bloss den grössten Teil der CBSA-Aktien, sondern aus ihren Darlehen an die CBSA auch eine Forderung von mehreren Millionen Franken. Sie hatte sich den Inhabern von CBSA-Anteilen gegenüber verpflichtet, diese Vermögenswerte wie vorgesehen zu verwalten. Dass sie sich mit einem fondsähnlichen Sondervermögen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 AFG zu befassen hatte, lässt sich daher im Ernst nicht bestreiten. b) Eine kollektive Kapitalanlage im Sinne von Art. 2 Abs. 1 AFG liegt vor, wenn die Mittel des Fonds oder des fondsähnlichen Sondervermögens von einer grossen Zahl von Geldgebern zu gleichen Bedingungen aufgebracht werden und die Fondsleitung die

Anlagebedürfnisse der Geber mit den ihr anvertrauten Vermögenswerten in gleicher Weise befriedigt (BGE 107 Ib 364, BGE 101 Ib 424 E. 2a, BGE 95 I 590; vgl. ferner R. JEANPRÊTRE, Le contrat de placement collectif, in Mélanges Schönenberger, S. 287 ff., insbes. S. 290; JÄGGI, La loi sur les fonds de placement, JdT 1967 II 226 ff., insbes. S. 229 und 233; SCHUSTER, N. 6 zu Art. 2 Abs. 1 AFG). Diese Merkmale einer kollektiven Kapitalanlage sind hier ebenfalls erfüllt. Bereits bei der ersten Emission wurden fast alle Anteile, die sich aus dem 40 Namenaktien der CBSA zu Fr. 1'000.- ergaben,

gezeichnet und daraufhin zu gleichen Bedingungen abgesetzt. Die Vereinbarungen mit den Anlegern sahen zudem vor, dass die Dispo Zürich für sie nicht nur die erwähnten Aktien, sondern auch das Darlehen verwaltete, das sich aus den Einzahlungen der Anleger zusammensetzte und der CBSA gewährt wurde. Dass jeder Anleger der Dispo einen Bruchteil an einer CBSA-Aktie und am Gesamtdarlehen anvertraut habe, wie das Handelsgericht annimmt, ändert daran nichts, zumal dem angefochtenen Urteil nichts dafür zu entnehmen ist, dass die Dispo einen Anspruch des Anlegers auf einen Anteil an einer bestimmten Aktie anerkannt habe. Entscheidend ist vielmehr, dass die Dispo jeweils alle Namenaktien der CBSA zu Fr. 1'000.- übernommen, sie in Zehntel aufgeteilt und die Anteile Interessenten zur Zeichnung angeboten hat. Das dabei aufgebrachte Kapital überliess sie der CBSA zudem als Gesamtdarlehen und nicht etwa in Form der individuellen Einlagen, über welche sie im Interesse bestimmter Anleger noch hätte verfügen dürfen. Die Dispo verwaltete die Mittel des Fonds somit zusammen und zum Zwecke einer gemeinschaftlichen Anlage. c) Das Merkmal einer kollektiven Kapitalanlage lässt sich auch nicht damit widerlegen, dass die Anleger der zweiten und dritten Emission zwecks Verwaltung des Vermögens, das sie gemeinsam aufgebracht haben, unter sich und im Innenverhältnis angeblich auch zusammen mit der Dispo Vaduz eine einfache Gesellschaft bildeten. Diese Betrachtungsweise der Beklagten, denen sich das Handelsgericht angeschlossen hat, steht der Annahme einer gemeinschaftlichen Kapitalanlage schon deshalb nicht entgegen, weil auch die Anleger der beiden letzten Emissionen ihr Geld dem Sinn und Zweck der Zeichnungsangebote entsprechend in der CBSA angelegt wissen wollten; ihre Zuordnung zu einer "stillen Gesellschaft" ergab sich bloss daraus, dass jeder Anleger den Vertrag über seine eigene Einlage mit der Dispo abschloss, die sich im Aussenverhältnis, nämlich gegenüber der CBSA, alle Rechte selber vorbehielt und "die Geschäfte des Treukapitals" allein führte. Dazu gehörte aber insbesondere, dass sie die Gesamtheit der Einzahlungen wie versprochen anlegte.

II.4. An diesen Befugnissen der Dispo-Gesellschaften scheitern auch die Versuche der Beklagten, die Geschäftsführung der Beauftragten als Selbstverwaltung der Anleger ausgeben zu wollen, eine Verwaltung des Vermögens durch ein selbständiges Unternehmen zusammen mit dem Handelsgericht also zu verneinen. Richtig ist bloss, dass unter Verwaltung durch die Fondsleitung im Sinne des

Gesetzes (Art. 2 Abs. 1, 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1) nicht eine Vermögensverwaltung durch eine Gesellschaft der Anleger, sondern durch eine davon getrennte Organisation zu verstehen ist, weshalb auch von Fremdverwaltung gesprochen wird (BBl 1965 III 273). a) Das ist vorweg den Einwänden der beklagten Interallianz entgegenzuhalten, wonach die Dispo keine Verwaltungsaufgaben im Sinne von Art. 12 AFG und wegen der Mehrheitsaktionäre Nemitz und Cleopas, denen die CBSA völlig ausgeliefert gewesen sei, auch keinen Einfluss auf solche Aufgaben gehabt habe. Aus den Emissionsurkunden und namentlich aus den Verträgen mit den Anlegern erhellt, dass die Dispo sich von Anfang an verpflichtete, "die Interessen ihrer Mandanten bestmöglich

wahrzunehmen", und dass sie die Geschäftsführung für sich allein beanspruchte. Sie bezeichnete sich denn auch selber als Geschäftsführerin und Verwalterin des Treukapitals. Selbst als Minderheitsaktionärin konnte sie von den ihr gesetzlich zustehenden Rechten Gebrauch machen, sich insbesondere gegen Missbräuche der Mehrheit wehren. Die Dispo liess sich übrigens von der SEFTI schon Ende April 1971 eine Vertretung in der Geschäftsleitung der CBSA zusichern und bestimmte dafür den in Stuttgart wohnhaften Scheiffele, der sich in der Bundesrepublik sehr aktiv für den Verkauf von Anteilen einsetzte und Ende August 1971 in den Verwaltungsrat der CBSA gewählt wurde. Die Beklagte übergeht ferner, dass die Darlehen an die CBSA in die Millionen gingen, die Dispo deshalb durchaus in der Lage war, sich Einfluss bei den "Mehrheitsaktionären" und eine Kontrolle über die CBSA zu verschaffen. Als Geschäftsführerin und Verwalterin der Einlagen hatte sie schliesslich die Anleger über die Entwicklung des angelegten Vermögens zu unterrichten und die notwendigen Massnahmen zu treffen, wenn ihr deren Rechte als gefährdet erschienen. Dass der Auftrag zur Geschäftsführung sich nicht auf alle Verwaltungsaufgaben eines Anlagefonds gemäss Art. 12 AFG erstreckte, weil die Verwaltung sich insbesondere nicht nach dem Grundsatz der Risikoverteilung richtete, ändert daran nichts. Die Beklagten müssen sich vielmehr auch in diesem Zusammenhang sagen lassen, dass das gemeinschaftlich aufgebrachte Sondervermögen als ein fondsähnliches im Sinne von Art. 5 AFV zu betrachten, folglich seinen Besonderheiten entsprechend gemäss den gesetzlichen Vorschriften zu verwalten war.

BGE 110 II 74 S. 89

b) In BGE 98 Ib 197 ff. ging es um die Verrechnungssteuer und die Emissionsabgabe, die nach Auffassung der Eidgenössischen Steuerverwaltung von einer einfachen Gesellschaft auf ausgeschiedenen Vermögensteilen für eine zusätzliche Personalvorsorge geschuldet waren. Das Bundesgericht erblickte damals das typische Merkmal einer Fremdverwaltung bei einem eigentlichen Anlagefonds darin, dass die Anleger auf die Bestimmung der Fondsleitung, im Gegensatz z.B. zu einem kleinen Investment-Club, keinen Einfluss haben; die direkte Mitwirkung der Anleger bei der Anlagetätigkeit sei denn auch ein Umstand, der einen solchen Club vom Anlagefonds unterscheide. In der vorgesehenen einfachen Gesellschaft dürfe die Gesamtheit der Anleger nicht direkt mitwirken; ihr Einfluss beschränke sich auf die Wahl der Organe und deren Kontrolle, weshalb nicht auf Selbstverwaltung, sondern auf Fremdverwaltung zu schliessen sei. Ähnliche Überlegungen liegen BGE 107 Ib 365 zugrunde. Vorliegend ist der Anteil der Anleger an der Vermögensverwaltung ebenfalls als sehr gering, derjenige der Dispo AG dagegen als beträchtlich und damit als entscheidend anzusehen. Die Dispo liess sich schon bei ihrer Gründung das ausschliessliche Vertriebsrecht für CBSA-Anteile übertragen, gab sich den Anlegern gegenüber stets als Gläubigerin der CBSA sowie als Treuhänderin und Geschäftsführerin mit zahlreichen Befugnissen aus, die sie in Ausnützung der Vertragsautonomie von Anfang an für sich allein beanspruchte. Sie verwaltete zudem die ihr anvertrauten Anlagewerte in Wirklichkeit selbständig. Dass die Anleger dabei nach den Emissionsurkunden als stille Gesellschafter mitreden und, wie das Handelsgericht annimmt, der Dispo die Geschäftsführung aus wichtigen Gründen entziehen durften, ergibt unbekümmert um die zweifelhafte Bedeutung solcher Klauseln im Ernst keine Anhaltspunkte für eine rechtserhebliche Selbstverwaltung. Ein gemeinsames Vorgehen der Anleger gegen die Geschäftsführerin setzte in der Tat voraus, dass sie sich über die schlechte Entwicklung der Anlagewerte, die ihnen noch in einem Rundschreiben der Dispo vom 25. September 1974 als "erstklassige Investition in Schweizer-Franken" angepriesen wurden, im klaren waren, dass sie einander kannten, sich überhaupt organisieren und Beschlüsse fassen konnten. Wie einige hundert Anleger aus dem In- und Ausland diese Voraussetzungen erfüllen sollten, um wirksam in die Anlagetätigkeit der Dispo eingreifen zu können, ist unerfindlich und dem angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen. Auch die Beklagten

BGE 110 II 74 S. 90

schweigen sich darüber aus. Das Merkmal der Fremdverwaltung ist daher ebenfalls zu bejahen.

II.5. Das Handelsgericht hat sich zur Frage, ob die Organisatoren für die Zeichnung von CBSA-Anteilen öffentlich geworben haben, nicht geäussert, weil es das AFG schon aus andern Gründen nicht für anwendbar hielt. Die Kläger bejahen die Frage und wollen dazu im kantonalen Verfahren zusätzliche Beweise angeboten haben, die aber nicht abgenommen worden seien. Das Handelsgericht hat das Versäumte nachzuholen, das Vorgehen der Organisatoren also auch daraufhin zu prüfen, ob von öffentlicher Werbung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 AFG die Rede sein kann (vgl. BGE 107 Ib 365; BBl 1965 III 315). Falls die Anwendbarkeit des Gesetzes auch unter diesem Gesichtspunkt zu bejahen ist, hat das Handelsgericht ferner zu prüfen, ob die Beklagten bei den Emissionen oder der Geschäftsführung gesetzliche oder vertragliche Pflichten missachtet, die Kläger dadurch geschädigt und ihnen den Schaden zu ersetzen haben (vgl. BGE 101 II 160 ff. E. 2 bis 4).

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung der Kläger wird dahin gutgeheissen, dass das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 29. November 1982 aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.