

● Forum

Investmentgesellschaften – ein Testfall für das Geldwäschereigesetz (GwG)?

Von Prof. Dr. PETER V. KUNZ, Fürsprecher, LL.M.¹

A. Einführung

1. Investmentgesellschaften

a) Begriffsverständnis

Eine sog. *Investmentgesellschaft* bzw. Anlagegesellschaft ist – wie der Name andeutet – eine *Gesellschaft*, deren zentraler Zweck in «Investments» bzw. in einer *Anlagetätigkeit* (meist in Beteiligungspapieren anderer Unternehmen) besteht, und zwar *ohne unternehmerische Tätigkeit*.² Anders als bei einer *Holding* (Art. 671 Abs. 4 OR) muss das Investieren nicht auf Dauer angelegt, sondern kann kurzfristig orientiert sein.³ Zudem ist mit Investmentgesellschaften *kein Konzernatbestand* verbunden.⁴ Die Investmentgesellschaft stellt *keine spezifische Rechtsform dar*.

Die faktische Funktion einer Investmentgesellschaft ähnelt – etwas simplifiziert – einem «*Geldsammeltopf*», dessen monetärer Inhalt durch Investitionen wieder «*verteilt*» wird (meist via «Off-Shore»-Tochtergesellschaften) mit dem Ziel einer Mehrwertschöpfung. Insofern besteht eine gewisse Verwandtschaft⁵ mit einem sog. *Anlagefonds*, der indes eine andere Rechtsgrund-

1 Der Autor ist ordentlicher Professor (Ordinarius) für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Bern sowie Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht. Einen besonderen Dank schulde ich meinem Assistenten, Fürsprecher DANIEL ZIMMERLI, für seine engagierte und fachkompetente Unterstützung bei dieser Publikation. Der Beitrag wurde Mitte Dezember 2005 abgeschlossen.

2 Weitere Definitionen: MÜLLER, *Investmentgesellschaft*, 50 ff. m.w.H.; BRÜGGER, *Investmentgesellschaft*, 179 f.; eine *Legaldefinition* besteht *nicht*.

3 MÜLLER, *Investmentgesellschaft*, 112.

4 Zum Abgrenzungskriterium der *SWX Swiss Exchange* (Schweizer Börse), wonach eine Investmentgesellschaft keine Muttergesellschaft eines Konzerns sein darf: Art. 3 Abs. 2 des Zusatzreglements für die Kotierung von Investmentgesellschaften (ZR-IG); generell zur *Abgrenzung* zwischen Investmentgesellschaft, Holding sowie Konzern: BRÜGGER, *Investmentgesellschaft*, 180; MÜLLER, *Investmentgesellschaft*, 109 ff.

5 KUNZ, *Minderheitenschutz*, § 4 N 40, spricht von einer «faktische[n] Hybridform»; BISCHOF, *Investmentgesellschaft*, 610: «praktisch die gleiche Funktion»; aus-

lage⁶, andere Organisationsstrukturen⁷ und andere Investorenrechte⁸ aufweist;⁹ die zwei letzteren Aspekte, d.h. im Wesentlichen die *Strukturverschiedenheit* gegenüber insbesondere einer Aktiengesellschaft (AG), sind wesentliche Gründe, weshalb m.E. die Anlagefonds und die Investmentgesellschaften hinsichtlich der Frage des Geltungsbereiches des Bundesgesetzes zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG)¹⁰ *nicht über einen Leisten geschlagen* werden können.¹¹

b) Status quo und Zukunftsperspektiven

Die Aktien einer Investmentgesellschaft können *nicht kotiert* (= private AG)¹² oder *kotiert* (= Publikums-AG)¹³ sein; an der SWX Swiss Exchange sind per 15. Dezember 2005 die Aktien von 30 Investmentaktiengesellschaften kotiert, und zwar in einem spezifischen SWX-Segment.¹⁴ Unbesehen der Kotie-

serdem: HERBERT NÄF, Investmentgesellschaften oder Anlagefonds? Zwei ungleiche Anlagevehikel im Vergleich, NZZ Nr. 20 (1999) B 6 (Anlagefonds 98); NORBERT BERNHARD, Sind Investmentgesellschaften die besseren Anlagefonds?, NZZ Nr. 21 (1998) B 3; MATTHÄUS DEN OTTER, Anlegerschutz auf Kosten der Aktionärsrechte – Fonds und Investitionsgesellschaften im Vergleich, NZZ Nr. 25 (1995) 84.

6 Bundesgesetz über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz, AFG): SR 951.31. Bei *Investmentgesellschaften* gelangt nicht das AFG, sondern das *Gesellschaftsrecht* (in erster Linie das *Aktienrecht*, weil die meisten Investmentgesellschaften heute AG sind) zur Anwendung; allg.: URS BRÜGGER, Eine eigene Liga für Investmentgesellschaften – Kosten und Nutzen der Offenlegungspflichten, NZZ Nr. 47 (1998) 33.

7 (i) *Anlagefonds*: Fondsleitung (Art. 9 ff. AFG), Depotbank (Art. 17 ff. AFG) sowie Anleger (Art. 23 ff. AFG); (ii) *Investmentgesellschaft* (als AG – darauf konzentriert sich diese Publikation): Verwaltungsrat (VR), Revisionsstelle sowie Generalversammlung (GV = Aktionäre) – v.a. besteht *keine (Rechte-)Identität* zwischen dem *Anleger* (AFG) und dem *Aktionär* (Aktienrecht); detailliert: BISCHOF, Investmentgesellschaft, 611 ff.

8 Dies gilt bei «*exit*» («Versilbern» der Beteiligung) und bei «*voice*» (Mitbestimmung): KUNZ, Minderheitenschutz, § 4 N 42 f.; allg.: MÜLLER, Investmentgesellschaft, 166 ff. sowie 180 ff.; BISCHOF, Investmentgesellschaft, 609 ff., v.a. 616 ff.; HANS-ULI THOMANN, Anlagefonds aus der Sicht des Kapitalgebers (Diss. Bern 1980) 5 ff.

9 Bei beiden Anlagevarianten geht es – als kleinster gemeinsamer Nenner – um sog. *kollektive Kapitalanlagen*.

10 SR 955.0; Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei: BBl 1996 III 1101 ff. (Botschaft GwG).

11 Ähnlich: BEHR, Geldwäscherei, 23; zudem Botschaft GwG: BBl 1996 III 1118.

12 Es gelangt also das Aktienrecht, insbesondere aber *nicht* das *Börsenrecht* sowie das «*Kotierungsrecht*» der SWX Swiss Exchange zur Anwendung; Hinweise: MÜLLER, Investmentgesellschaft, 113 ff.

13 Statt aller: MÜLLER, Investmentgesellschaft, 79 ff.

14 Bei diesen Gesellschaften ist z.B. das *ZR-IG* anwendbar; hierzu: BRÜGGER, Investmentgesellschaft, 179 ff.; KUNZ, Minderheitenschutz, § 7 N 28 f.; statistische Hinweise: BBl 2005 6425 f.

rung findet de lege lata¹⁵ das AFG auf Investmentgesellschaften *keine Anwendung*. Hinsichtlich von Investmentgesellschaften interessieren zurzeit drei aktuelle Themen:

1. *Kollektivanlagengesetz*: Das AFG soll in naher Zukunft total revidiert¹⁶ bzw. abgelöst werden durch ein Kollektivanlagengesetz (KAG)¹⁷. Anders als das AFG wird das KAG auf *Investmentgesellschaften*, bei denen die kollektiven Kapitalanlagen nicht auf einer vertraglichen, sondern auf einer gesellschaftlichen Basis¹⁸ beruhen, *anwendbar sein*¹⁹ – was z.B. mit aufsichtsrechtlichen Folgen verbunden ist.²⁰

2. *Aktienrechtsrevision*: Am 2. Dezember 2005 wurde eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts in die Vernehmlassung geschickt.²¹ Das Revisionsprojekt ist für Investmentgesellschaften – zumindest mittelbar – von Interesse, indem eine *Flexibilisierung des Aktienkapitals* einerseits²² und die

15 Art. 3 Abs. 2 AFG: «Vermögen, die in anderer Form, insbesondere in *gesellschaftsrechtlicher* (= *Investmentgesellschaft*), verwaltet werden, unterstehen diesem Gesetz *nicht*»; statt aller: BRÜGGER, *Investmentgesellschaft*, 182 f.; MÜLLER, *Investmentgesellschaft*, 59 f.

16 Zu rechtspolitischen Forderungen: MÜLLER, *Investmentgesellschaft*, 243 ff.

17 Botschaft zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (*Kollektivanlagengesetz*) vom 23. September 2005: BBl 2005 6395 ff. (Botschaft KAG); generell: VON BÜREN/HASLER, *Novum*, 59 ff.

18 *Anlagefonds* beruhen auf dem «*open end*»-Konzept und *Investmentgesellschaften* auf dem «*closed end*»-Konzept; einen Konzeptdurchbruch wird das KAG mit der Einführung von «*Investmentgesellschaften mit variablem Kapital*» (sog. SICAV = Sociétés d'investissement à capital variable) bringen; Botschaft KAG: BBl 2005 6420 ff. – hierzu: VON BÜREN/HASLER, *Novum*, 57 ff.; allg.: MÜLLER, *Investmentgesellschaft*, 253 ff.

19 Art. 2 Abs. 1 E-KAG: BBl 2005 6507 («unabhängig von der Rechtsform»); hierzu: FREDERIC METHLOW, Sind *Investmentgesellschaften* obsolet? Ausschlaggebende Revision des *Anlagefondsgesetzes*, NZZ Nr. 207 (2004) 22. *Investmentgesellschaften* (nach heutigem Verständnis) werden künftig als «*Investmentgesellschaften mit festem Kapital*» bzw. als sog. SICAF (= Sociétés d'investissement à capital fixe) bezeichnet; vgl. Botschaft KAG: BBl 2005 6425 f.

20 *Investmentgesellschaften* werden in Zukunft – anders als heute – der Aufsicht der *Eidgenössischen Bankenkommission* (EBK) unterstehen: VON BÜREN/HASLER, *Novum*, 61.

21 *Begleitbericht* und *Vorentwurf* (zur geplanten Revision des OR) finden sich auf der Website des *Bundesamts für Justiz* publiziert [OR-Revision].

22 Zu den *Investmentgesellschaften*: *Begleitbericht OR-Revision*, 21 (Ziff. 2.3.1) m.w.H. in Fn. 59. Damit – also mit einer *Flexibilisierung nach «oben» und nach «unten»* beim Aktienkapital – sollte v.a. die sog. *Discount-Problematik* bei *Investmentgesellschaften* (also: Börsenkurs ist *tiefer* als innerer Wert bzw. Net Asset Value/NAV der kotierten Aktien) relativiert werden; zur Thematik: PETER V. KUNZ, *Flexibilisierung des Aktienkapitals* (...), REPRAX 2 (2000) 18 ff.; zudem: BERTSCHINGER, *Investmentgesellschaften*, 19 f.

Abschaffung von Inhaberaktien andererseits²³ zur Diskussion stehen. Der letztere Aspekt würde einige praktische Probleme²⁴ im Zusammenhang mit dem GwG lösen; tatsächlich basiert der Vorschlag zu den Inhaberaktien u.a. auf dem «Ziel der Bekämpfung der Geldwäscherei»²⁵.

3. *Geldwäschereigesetz*: Die sog. Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei (Kontrollstelle GwG), die zum Eidgenössischen Finanzdepartement gehört, hat am 19. Dezember 2003 entschieden, dass *Investmentgesellschaften* – unabhängig davon, ob deren Aktien kotiert sind oder nicht – dem GwG unterstehen,²⁷ und zwar für das *Gesellschafterverhältnis*. Obwohl der Entscheid in der Lehre – und in Gesetzgebungsverfahren²⁸ – grossmehrheitlich kritisch (z.B. «unüberlegte Schnellschüsse»²⁹ oder «willkürliche Rechtsanwendung»³⁰) kommentiert wurde³¹, hält die Kontrollstelle GwG daran fest.³²

Bei den ersten beiden Themen geht es (heute noch) um Fragen der *Rechtssetzung*, während das dritte Thema im Rahmen der *Rechtsanwendung* zu Problemen führt: Der «Unterstellungsentscheid» der Kontrollstelle GwG

23 Begleitbericht OR-Revision, 26 ff. (Ziff. 2.3.5), sowie Vorentwurf OR-Revision: E-Art. 622 Abs. 1.

24 Beispiel: Der AG sind «ihre» Aktionäre nicht bekannt, wenn es sich um *Inhaberaktien* oder um *Dispoaktien* (= *Namenaktien*, bei denen die Namenaktionäre *keine Eintragungsgesuche* für das Aktienbuch stellen) handelt.

25 In diesem Sinne eine Empfehlung der sog. «Group d'action financière sur le blanchiment de capitaux» (GAFI/FATF): Begleitbericht OR-Revision, 27 m.w.H.

26 www.gwg.admin.ch.

27 Unterstellung von Vermögensverwaltung und Anlageberatung unter das Geldwäschereigesetz: 2 f. (1.3 Investmentgesellschaften); zudem: BALLEYGUIER/SORROSAL, *Investmentgesellschaften*, 29.

28 Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements über die Vernehmlassungsergebnisse zum Erläuternden Begleitbericht zur Umsetzung der revidierten Empfehlung der Groupe d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de capitaux inkl. Entwurf der Gesetzesänderungen vom September 2005: 19 (z.B. erachtet der VSV die «Erfassung von Investmentgesellschaften [unter dem GwG] als verunglückt»); Basis dieser Vernehmlassung war der Entwurf vom 13. Januar 2005 zu einem Bundesgesetz über die Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de capitaux (Entwurf re Bundesgesetz GAFI) sowie der entsprechende Begleitbericht (Begleitbericht re Bundesgesetz GAFI).

29 BEHR, *Geldwäscherei*, 23.

30 ROHR, *Finanzintermediär*, 83.

31 ROHR, *Finanzintermediär*, 82 ff., v.a. 83; BEHR, *Geldwäscherei*, 23; BERTSCHINGER, *Investmentgesellschaften*, 17 ff.; ROMAN OBERHOLZER, *Dicke Luft bei den Investmentgesellschaften*, NZZ am Sonntag (15. Februar 2004) 50; allg.: GRABER, *Geldwäschereigesetz*, N 2 ff. zu Art. 2 GwG.

32 BALLEYGUIER, *Geltungsbereich*, 32 ff.; BALLEYGUIER/SORROSAL, *Investmentgesellschaften*, 29.

bringt einerseits *praktische* Probleme³³ mit sich; andererseits aber wirft er *prinzipielle* (aktienrechtliche) Fragen auf. Es soll im Folgenden untersucht werden, ob das GwG *anwendbar* ist auf das *gesellschaftsrechtliche Verhältnis* zwischen den Aktionären und «ihren» Investmentgesellschaften.³⁴

2. Geldwäschereigesetz (GwG)

a) Grundlagen

Das Geldwäschereigesetz vom 10. Oktober 1997 trat vor knapp acht Jahren, nämlich am 1. April 1998, in Kraft. Das GwG will die *Geldwäscherei bekämpfen* und die *Sorgfalt bei Finanzgeschäften* sicherstellen (Art. 1 GwG). Dem GwG untersteht, wer ein sog. *Finanzintermediär* gemäss Art. 2 GwG ist; darunter fallen z.B. «Personen, die berufsmässig *fremde* (sic!) *Vermögenswerte* (i) *annehmen* oder aufbewahren oder (ii) *helfen, sie anzulegen* oder zu übertragen» (Art. 2 Abs. 3 GwG).

Finanzintermediäre haben zahlreiche GwG-Pflichten³⁵, z.B. *Sorgfaltspflichten* (also: Identifikations-, Abklärungs- und Dokumentationspflichten: Art. 3 ff. GwG) sowie *Pflichten bei Geldwäschereverdacht* (z.B. Vermögenssperre: Art. 10 GwG; Abbruch der Geschäftsbeziehung: Art. 42 Geldwäschereiverordnung Kst, GwV Kst³⁶). Ausserdem muss sich ein Finanzintermediär einer sog. *Selbstregulierungsorganisation* (SRO) anschliessen (Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 24 ff. GwG),³⁷ die Aufsichtsfunktionen wahrnimmt. Zentrale Behörde für Finanzintermediäre ist die *Kontrollstelle GwG* (Art. 17 ff. GwG).³⁸

b) Eine Grundvoraussetzung sowie drei ausgewählte Pflichten

Investmentgesellschaften werden im GwG *nicht ausdrücklich* erwähnt, *Anlagefonds* (basierend auf einem Kollektivanlagevertrag gemäss

33 Der Autor wurde mit der Problematik das erste Mal in seiner (früheren) Tätigkeit als Rechtsanwalt konfrontiert – die vorliegenden Ausführungen stellen die *wissenschaftlichen* Überzeugungen des Autors dar.

34 Vgl. dazu hinten B. 2.

35 Diese Pflichten sind im GwG *nicht detailliert* geregelt, weil es sich um ein *Rahmengesetz* handelt; hierzu die Botschaft GwG: BBl 1996 III 1147.

36 Verordnung der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei über die Pflichten der ihr direkt unterstellten Finanzintermediäre (GwV Kst): SR 955.16.; zu dieser Pflicht ausserdem Art. 28 EBK Geldwäschereiverordnung, GwV EBK: SR 955.022.

37 Vgl. dazu hinten C. 1.

38 Der «Unterstellungsentscheid» dieser Behörde steht im Zentrum bzw. ist der Auslöser der vorliegenden rechtlichen Kontroverse: Vgl. dazu vorne A. 1. b (Ziff. 3).

Art. 6 ff. AFG) hingegen unterstehen ohne weiteres dem GwG³⁹. Die Kontrollstelle GwG will vor diesem Hintergrund – sozusagen im Rahmen einer *wirtschaftlichen* Betrachtungsweise⁴⁰ – das GwG ebenfalls auf Investmentgesellschaften ausdehnen, übersieht dabei indes die *Strukturverschiedenheit* dieser beiden Formen der kollektiven Kapitalanlage.⁴¹

Eine Investmentgesellschaft kann überhaupt nur bzw. bloss insoweit dem GwG unterstellt sein, als sie ein *Finanzintermediär* ist.⁴² Hierfür müssen – als Grundvoraussetzung – die von der Investmentgesellschaft «verwalteten» Vermögen für *sie* (sic!) «*fremde Vermögenswerte*» sein (Art. 2 Abs. 3 GwG); fehlt es an dieser «Fremdheit», kann nicht von einem Finanzintermediär gesprochen und das GwG darf m.E. nicht angewendet werden.⁴³

Um ein besseres Verständnis zu gewinnen, was ein Finanzintermediär im Sinne des GwG ist (oder eben nicht ist), sollten zudem die *Folgen* dieser rechtlichen Qualifikation, d.h. die *Pflichten eines Finanzintermediärs*, betrachtet werden; nicht alle, sondern bloss *drei ausgewählte* GwG-Pflichten seien erwähnt:

Ein Finanzintermediär muss zuerst die sog. «*Vertragspartei*» *identifizieren* (Art. 3 GwG)⁴⁴, die ihm ihre *eigenen* bzw. eben die für den Intermediär *fremden* Vermögenswerte z.B. anvertraut; m.E. ist somit unerlässlich, dass ein Finanzintermediär überhaupt eine «*Vertrags(gegen)partei*»⁴⁵ hat.⁴⁶ Ein Finanzintermediär muss ausserdem nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich in der Lage sein, sofern die übrigen GwG-Voraussetzungen erfüllt sind, eine «*Vermögenssperre*» (Art. 10 GwG)⁴⁷ oder einen «*Abbruch der Geschäftsbeziehungen*» (Art. 42 ff. GwV Kst) vorzunehmen. Sind diese Pflichten *ipso iure unerfüllbar*, kann es sich m.E. nicht um einen Finanzintermediär handeln.⁴⁸

39 Etwa: Art. 2 Abs. 2 lit. b GwG.

40 In diesem Sinne: BALLEYGUIER/SORROSAL, Investmentgesellschaften, 29.

41 Vgl. dazu vorne A. 1. a.

42 Art. 2 Abs. 1 GwG: «Dieses Gesetz gilt für *Finanzintermediäre*.»

43 Vgl. dazu hinten B. 2. a.

44 Art. 3 Abs. 1 GwG: «Der Finanzintermediär muss bei der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen die *Vertragspartei* aufgrund eines beweiskräftigen Dokumentes identifizieren»; ersichtlich wird daraus, dass es *nicht* um *irgendwelche Kontakte*, sondern um «*Geschäftsbeziehungen*» (auf *vertraglicher* Basis) geht.

45 Das Gesetz spricht an vielen Stellen die «*Vertragspartei*» an (Auswahl): Art. 3–Art. 5 GwG; ähnlich in den GwG-Verordnungen: z.B. Art. 42/Art. 43 GwV Kst (betreffend Vermögenssperre).

46 Vgl. dazu hinten B. 2. b.

47 Art. 10 Abs. 1 GwG: «Ein Finanzintermediär muss *ihm anvertraute* Vermögenswerte, die mit der Meldung in Zusammenhang stehen, unverzüglich *sperren*»; aus der «*Anvertrautheit*» geht implizit ebenfalls das Erfordernis der «*Fremdheit*» der Vermögenswerte für den *Finanzintermediär* hervor.

48 Vgl. dazu hinten B. 2. c/d.

B. Aktienrecht und GwG

1. Verhältnis der beiden Gesetze

Das GwG stellt ein *Spezialgesetz* dar und geht gemäss dem *Motto* «*lex specialis derogat legi generali*» (sowie «*lex posterior derogat legi priori*»)⁴⁹ – im Prinzip – dem Aktienrecht vor.⁵⁰ Unerlässlich ist allerdings, dass der Regelungsinhalt des GwG *genügend klar bzw. bestimmt* ist; fehlt es an dieser Klarheit bzw. Bestimmtheit, kann m.E. das GwG nicht ohne weiteres das Aktienrecht verdrängen.⁵¹ Die Thematik sei an *zwei Beispielen* illustriert:

Die von der Kontrollstelle GwG behauptete Identifizierungspflicht der Investmentgesellschaft (Art. 3 GwG) setzt eine *Kooperationspflicht des Aktionärs* insofern voraus, dass der Gesellschafter sich identifizieren lässt bzw. daran mitwirkt;⁵² ausserdem impliziert die angebliche Pflicht der Investmentgesellschaft zum «Geschäftsabbruch» (Art. 42 ff. GwV Kst) das Recht einer AG, ihre *Aktionäre auszuschliessen*. Das Aktienrecht sieht aber (i) *keine generellen Aktionärspflichten* vor⁵³ und enthält (ii) *kein allgemeines Ausschlussrecht* gegen Gesellschafter, d.h. diese Regelungsinhalte *müssten* sich – wenn überhaupt – *unmittelbar aus dem GwG* ergeben.⁵⁴

49 Allg.: ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Allgemeines Verwaltungsrecht (4. A., Zürich 2002) N 220 f.

50 Auswahl zur Praxis: BGE 124 I 176, v.a. 178 f.; BGE 123 II 534, 537 ff.

51 Im Wesentlichen geht es um die Anforderungen aufgrund des sog. *Legalitätsprinzips* (um eine Diskussion, die den Rahmen dieser Ausführungen sprengen würde, sodass darauf verzichtet werden muss), d.h. eine «*weite*» *Auslegung des GwG* erscheint nicht ohne weiteres möglich, wenn dadurch *klaren aktienrechtlichen Regelungsinhalten widersprochen* wird.

52 Heikel bzw. *aktienrechtswidrig* erscheint m.E. der *Vorschlag*, die Aktionäre bei der *Geltendmachung ihrer Aktionärsrechte* (z.B. bei einer GV) zu identifizieren: Vgl. dazu hinten C. 1. *De lege ferenda* wird immerhin eine *eigentliche Meldepflicht für Inhaberaktionäre* thematisiert: Entwurf re Bundesgesetz GAFI (Art. 700 Absatz 2 Satz 2 E-OR sowie Art. 702a E-OR); zudem: Begleitbericht re Bundesgesetz GAFI (57 ff./Ziff. 2.8).

53 Selbst wenn statt von *Kooperationspflichten* bloss von *Kooperationsobliegenheiten* ausgegangen werden sollte, steht einer solchen GwG-Interpretation der (fast) unstrittige *Art. 680 Abs. 1 OR* entgegen.

54 Der *GwG-Gesetzgeber schweigt* indes zum Thema – insbesondere ergibt sich nichts aus der Botschaft GwG; *Investmentgesellschaften* waren – soweit ersichtlich – generell im *Gesetzgebungsverfahren GwG kein Thema*.

2. Vier Einzelaspekte

a) Aktienkapital bzw. Liberierungsmittel als «fremde Vermögenswerte»?

Bei jeder AG, inklusive den Investmentgesellschaften, geht es um deren Finanzierung (Passivenseite der Bilanz), d.h. «Geldgeber» sind notwendig. Es wird zwischen sog. *Fremdkapitalgebern* (= Gesellschaftsgläubiger)⁵⁵ sowie Risiko- bzw. sog. *Eigenkapitalgebern* (= Gesellschafter, d.h. Aktionäre bei AG)⁵⁶ differenziert;⁵⁷ insbesondere die letzteren interessieren für die vorliegenden Betrachtungen.

Bei einer AG muss zwischen (i) der *juristischen Person*, die *Eigentümerin der Aktiven* ist,⁵⁸ und (ii) den Aktionären als *Gesellschaftern*, die *Eigentümer der Aktien* sind, unterschieden werden:⁵⁹ Der *Aktionär* – als *Eigenkapitalgeber* – zeichnet und *liberiert* die Aktien, und zwar entweder bei einer Gründung oder bei einer Aktienkapitalerhöhung.⁶⁰ Die *Mittel der Liberierung* (seien es Barmittel oder Sacheinlagen) gehen ins *Eigentum der AG* (= deren Aktiven)⁶¹ über, und der Aktionär erhält als «Gegenleistung»⁶² die Aktien.⁶³

55 Hier geht es um den *Gläubigerschutz*.

56 Zur Debatte steht der Aktionärs- bzw. *Minderheitenschutz*.

57 Generell zu dieser Zweiteilung: PETER V. KUNZ, *Publikumsgesellschaften in der Schweiz* (...), recht 1997, 136 ff.; *ders.*, Das neue Fusionsgesetz (FusG), in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I* (Bern 2006) 196 ff. (hinsichtlich des Fusionsrechts); zu *Berührungspunkten* zwischen Gläubigern und Aktionären: KUNZ, *Minderheitenschutz*, § 2 N 38 ff.

58 Allg.: ROLF H. WEBER, *Juristische Personen*, SPR II/4 (Basel etc. 1998) 35 ff.

59 Dieses Konzept darf *nicht leichthin durchbrochen* werden, basiert darauf doch das gesamte Gesellschaftsrecht; bei *wirtschaftlichen Betrachtungsweisen*, die das Konzept «aushöhlen», wird deshalb *grösste Zurückhaltung* gezeigt – es sei z.B. verwiesen auf die (Haftungs-)Thematik des sog. *Durchgriffs* (vorausgesetzt wird in jedem Fall ein *Rechtsmissbrauch*); statt aller: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, *Gesellschaftsrecht*, § 2 N 34 ff.; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 1 N 12; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, *Grundriss*, N 76 ff.

60 M.E. kommt es – betreffend *Aktienliberierung* – *nicht* darauf an, ob es um eine *Gründung* oder eine *Kapitalerhöhung* geht, d.h. auch im letzteren Fall liegt ein *gesellschaftlicher* und *nicht* ein *vertraglicher* Akt vor; BERTSCHINGER, *Investmentgesellschaften*, 18, lässt offen, ob von einem «vertragsähnlichen» Verhältnis ausgegangen werden kann.

61 CHRISTOPH K. WIDMER, *Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht* (Diss. Zürich 1998), 71 sowie 213 ff.; zudem allg.: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, *Gesellschaftsrecht*, § 16 N 122 ff.; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, *Grundriss*, N 135 ff.; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 1 N 161 ff.

62 Mit diesen Aktien sind *Aktionärsrechte* im Hinblick auf die AG, *nicht* aber *Eigentumsrechte* betreffend deren *Aktiven* verbunden; allg.: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, *Gesellschaftsrecht*, § 16 N 105 ff., v.a. N 126 ff.

Der Aktionär hat – anders als die Gesellschaft – *kein Eigentum* an den Gesellschaftsaktiven;⁶⁴ die *Liberierungsmittel* sind somit für die AG *nicht fremd*, sondern sie gehören ihr⁶⁵ zu Eigentum.⁶⁶ Sollte schliesslich – bei Investmentgesellschaften meist üblich – eine (schweizerische) AG ihre Aktiven an (regelmässig ausländische) Konzerntochtergesellschaften «weitergeben»,⁶⁷ ändert sich an dieser Analyse nichts. Die *Aktionäre der Konzernmuttergesellschaft*, die eben gerade nicht Eigentümer von deren Aktiven sind, haben gegenüber einer Konzerntochtergesellschaft *weder Eigentumsansprüche noch Gesellschafterrechte*.

M.E. kann *mangels «Fremdheit»* der Liberierungsmittel das GwG generell *nicht angewendet* werden,⁶⁸ insofern es um den *Aktionär als liberierenden Gesellschafter* der Investmentgesellschaft geht, d.h. die AG ist *kein Finanzintermediär* in Bezug auf das *Gesellschafterverhältnis*;⁶⁹ sollte der Aktionär irgendwelche Vermögenswerte statt auf gesellschaftlicher auf vertraglicher Ebene «einbringen», ist das Kriterium der «Fremdheit»

63 Eine gänzlich *andere Situation* liegt vor, wenn die Aktien statt von der AG *von einem Dritten* (also von einem *anderen* Aktionär) *erworben* werden; BEHR, Geldwäscherei, 23: «Kauft ein Anleger dagegen die Aktien von Investmentgesellschaften, dann findet ein Abtausch zwischen Investoren statt.»

64 Statt aller: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 2 N 82. Die *Kontrollstelle GwG* *verkennt* diesen Aspekt und beruft sich auf eine angebliche *wirtschaftliche* Betrachtungsweise; unhaltbar insbesondere BALLEYGUIER/SORROSAL, Investmentgesellschaften, 29: «[Die Investmentgesellschaften] nehmen (...) das Geld der Anleger entgegen und helfen, es zu übertragen.»

65 Anders verhält es sich bei den *Personengesellschaften*, die *keine juristischen Personen* sind; bei diesen Gesellschaften – also Kollektiv- und Kommanditgesellschaften – steht das *Gesellschaftsvermögen* den *Gesellschaftern* (sic!) zu, und zwar als Gesamthandsverhältnis; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 2 N 81.

66 Bei *Sacheinlagen* – als Beispiel – zeigt sich dies im Erfordernis der *unmittelbaren und unbeschränkten Verfügbarkeit* des Vermögenswertes; BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 215 m.w.H.

67 Meist erfolgt dies dadurch, dass die *Konzernmuttergesellschaft* mit *ihren Aktiven* die *Aktien der Konzerntochtergesellschaft* im Rahmen der Gründung oder einer Kapitalerhöhung *liberiert*; möglich ist aber auch, dass die Konzernmuttergesellschaft bloss ein *Darlehen an die Konzerntochtergesellschaft* gibt.

68 Gl.M.: ROHR, Finanzintermediär, 83; a.M.: BALLEYGUIER/SORROSAL, Investmentgesellschaften, 29 (etwas nonchalant: «Die Frage, ob die verwalteten Vermögenswerte gemäss der Generalklausel fremder Natur sind, ist für die Unterstellung ohne praktische Bedeutung», a.a.O.); allg.: GRABER, Geldwäschereigesetz, N 2 ff., v.a. N 10 ff. zu Art. 2 GwG.

69 Konträr (und in Übereinstimmung mit der Kontrollstelle GwG) hingegen der Begleitbericht re Bundesgesetz GAFI (29/Ziff. 2.4.5): «Investmentgesellschaften sind geschlossene kollektive Anlageformen, die als Finanzintermediäre zwischen den Anlegern und den zu finanzierenden Beteiligungen stehen.»

hingegen gegeben.⁷⁰ Dieses Ergebnis wird bestätigt durch den Umstand, dass die Pflichten des GwG auf einen Aktionär schlicht *nicht* «passen» würden⁷¹.

b) Identifizierungspflicht – Aktionär als «Vertragspartei» einer AG?

Ein *Aktionär* ist – in der *Gesellschafterstellung* gegenüber der AG – Eigenkapitalgeber⁷² und somit kein Fremdkapitalgeber bzw. *kein Gesellschaftsgläubiger*. Der Gesellschafter einer AG hat deshalb – als Beispiele – keinen Zinsanspruch (Art. 675 Abs. 1 OR) und keinen Kapitalrückzahlungsanspruch (Art. 680 Abs. 2 OR).

Die AG stellt folglich keine Gegenpartei bzw. *keine* «Vertragspartei» des Aktionärs (und vice versa)⁷³ dar, sondern vielmehr Objekt seiner Beteiligung⁷⁴. Das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter ist *gesellschaftlicher* Natur und hat *keinen vertraglichen* Charakter.⁷⁵ M.E. kann⁷⁶ und muss eine Investmentgesellschaft folglich ihre *Aktionäre nicht identifizieren*, d.h. Art. 3 ff. GwG «passt» a priori nicht.

In einigen (konzeptionell anders gelagerten) Fällen tritt ein Aktionär *nicht als Gesellschafter*, sondern auf einer *vertraglichen* Basis auf, sodass er – in diesem eingeschränkten Rahmen – als «Vertragspartei» der Gesellschaft qualifiziert werden kann, und zwar mit der Folge, dass eine GwG-Identifizierungspflicht bestehen könnte:⁷⁷

(i) Ein Aktionär gewährt der AG ein *Darlehen* und ist somit – zusätzlich zur Gesellschafterfunktion – ein *Fremdkapitalgeber* (= Gläubiger)⁷⁸.

⁷⁰ Vgl. dazu hinten B. 2. b.

⁷¹ Vgl. dazu hinten B. 2. c/d. Dies gilt sowohl unter *grammatikalischen* als auch unter *teleologischen* Auslegungsaspekten hinsichtlich dem GwG.

⁷² Vgl. dazu vorne B. 2. a.

⁷³ Vgl. dazu vorne A. 2. b.

⁷⁴ Gl.M.: BERTSCHINGER, *Investmentgesellschaften*, 17 f.; a.M.: BALLEYGUIER/SORROSAL, *Investmentgesellschaften*, 29, die «alle Aktionäre» als «Vertragsparteien» der Investmentgesellschaft (sic!) betrachten.

⁷⁵ KUNZ, *Minderheitenschutz*, § 2 N 38. Aus diesem Grund – als weitere Beispiele nebst Art. 675 Abs. 1 OR bzw. Art. 680 Abs. 2 OR erwähnt – kann ein Aktionär im Konkurs der AG seinen (*Aktienkapital-»)Anspruch» nicht kollozieren*, und des Weiteren darf die AG ihre *Dividenden* (= auf Aktien basierenden Auszahlungen an die Gesellschafter) *steuerrechtlich nicht als Aufwand* behandeln (anders verhält es sich z.B. beim *Zinsaufwand der AG* für ein *Darlehen* eines Aktionärs).

⁷⁶ Dass eine *Kontrolle faktisch unmöglich* ist bei *Inhaberaktien* sowie bei *Dispoaktien*, wurde bereits erwähnt: Vgl. dazu vorne A. 1. b (Ziff. 2).

⁷⁷ In diesen spezifischen Fällen gelangen die Vermögenswerte *nicht* als *Eigenkapital* zur Investmentgesellschaft, sodass die Grundvoraussetzung der «*Fremdheit*» – vgl. dazu vorne B. 2. a – ebenfalls erfüllt ist.

⁷⁸ Folglich gelten Art. 675 Abs. 1 OR sowie Art. 680 Abs. 2 OR nicht – es sei

(ii) Ein Aktionär erwirbt bzw. *kauft Aktien* von der AG, die als *Verkäuferin von eigenen Aktien* (Art. 659 ff. OR) auftritt⁷⁹ – gelangt der Aktionär hingegen an die Aktien nicht mittels Verkauf durch die Gesellschaft, sondern *im Rahmen einer Aktienkapitalerhöhung* (z.B. Art. 650 ff. OR), geht es nicht um eine vertragliche, sondern um eine gesellschaftliche Basis, d.h., der Aktienerwerb erfolgt aufgrund des sog. *Bezugsrechts* des Aktionärs (z.B. Art. 652b OR) und nicht aus einer Gläubigerposition (aufgrund eines Kaufvertrags) heraus, sodass m.E. das *GwG nicht anwendbar* ist.⁸⁰

c) AG und «Vermögenssperre» gegenüber Aktionären?

Einer AG steht gegenüber ihren Aktionären – basierend auf dem aktuellen *Aktienrecht* – generell nur eine beschränkte Zahl von Sanktionen zur Verfügung;⁸¹ dies gilt es beispielsweise hinsichtlich einer «Vermögenssperre»⁸² oder eines «Geschäftsabbruchs»⁸³ zu berücksichtigen. Insbesondere ist es de lege lata *nicht* möglich, den Gesellschaftern ihre *Aktionärsrechte zu verweigern bzw. zu «entziehen»*:

Beispielsweise wird im Aktienrecht *keine Vermögenssperre* vorgesehen – im aktienrechtlichen GwG-Kontext würde eine solche «Sperre» wohl bedeuten, dass eine Investmentgesellschaft bei «Verdacht von Geldwäscherei» die betroffenen Aktionäre z.B. nicht zur *GV zulässt* oder die *Dividenden* nicht auszahlt. Art. 10 GwG «passt» nicht auf Aktionäre, weil die Vermögenswerte der Gesellschafter (also das Aktienkapital bzw. die Liberierungsmittel) der Investmentgesellschaft *nicht «anvertraut»* sind, sondern dieser *zu Eigentum* gehören.⁸⁴

Somit ist die Pflicht zur «Vermögenssperre» *unmöglich* – ein weiterer Beleg dafür, dass das GwG in diesem Bereich *nicht anwendbar* sein kann.

denn, dass es sich um sog. *verdecktes Eigenkapital* handelt; sollte ein *Aktionär* unter dem *Deckmantel «Gläubigereigenschaft»* agieren, hat er Rückforderungsansprüche im Rahmen von *Art. 678 OR* zu gewärtigen.

79 Gl.M.: BALLEYGUIER/SORROSAL, Investmentgesellschaften, 29.

80 Ein «*vertragsähnliches*» *Verhältnis* – hierzu: *Bertschinger*, Investmentgesellschaften, 18 – liegt *nicht* vor.

81 Beispielsweise darf eine AG selbst einem querulatorischen Aktionär die *Aktionärsrechte nicht «entziehen»* (z.B. ihn wegen unflätigen Verhaltens *nicht an die GV «zulassen»* – in einer solchen Situation müsste sich die Gesellschaft vielmehr zur Wehr setzen mit Möglichkeiten des Persönlichkeitsrechts oder des Strafrechts); sollte die AG *aktienrechtliche «Sanktionen»* ergreifen, kann dies *Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitfolgen* (Art. 706 ff. OR, Art. 714 OR) für entsprechende *GV- bzw. VR-Beschlüsse* haben – in krassen (und permanenten) Fällen könnte sogar eine *Auflösungsklage gegen die AG* (Art. 736 Ziff. 4 OR) realistische Chancen haben.

82 Botschaft GwG: BBl 1996 III 1111 ff.

83 Vgl. dazu hinten B. 2. d.

84 Vgl. dazu vorne B. 2. a.

Sollte eine Investmentgesellschaft eine «tatsächliche Vermögenssperre» bei Aktionären vornehmen (z.B. «verdächtige» Gesellschafter von der GV ausschliessen oder ihnen sonstige Gesellschafterrechte «aberkennen»), würde dies m.E. *GV- sowie VR-Beschlüsse (zivilrechtlich) in Frage* stellen.⁸⁵

d) AG und «Geschäftsabbruch» gegenüber Aktionären?

Noch weniger als eine «Vermögenssperre»⁸⁶ gemäss GwG «passt» eine Pflicht des Finanzintermediärs zum «Geschäftsabbruch» (Art. 42 ff. GwV Kst) zum bzw. ins Aktienrecht.⁸⁷ Die *einzigste Geschäftsbeziehung ex lege* zwischen Aktionär und AG ist nämlich die *Gesellschafterstellung* des ersteren, d.h. «Geschäftsabbruch» würde bedeuten, dass die Investmentgesellschaft ihren «verdächtigen» Aktionär ausschliessen *müsste* – de lege lata kennt indes das Aktienrecht *kein generelles Ausschlussrecht* gegen Gesellschafter⁸⁸.

Insbesondere bei Personengesellschaften (Art. 577 ff. OR sowie Art. 619 OR)⁸⁹ sowie bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Art. 822 Abs. 3 OR)⁹⁰ sieht das Gesetz – im Prinzip – die Möglichkeit zum Aus-

85 Damit eine «Vermögenssperre» wirkt, müsste *intensiv bei den Aktionärsrechten interveniert* werden, d.h., insbesondere würden das «Recht auf Teilnahme» an einer GV und die «Kontrollrechte von Aktionären» entzogen oder mindestens weitgehend eingeschränkt, was die «Grundstrukturen der Aktiengesellschaft» missachten würde – entsprechende *VR- und GV-Beschlüsse* wären *nichtig* (Art. 706b OR sowie Art. 714 OR); generell: RHEIN, Nichtigkeit, 67 ff., 117 ff sowie 223 ff. Ein anderes Ergebnis scheint nur möglich, wenn das GwG als *«lex specialis»* und *«lex posterior»* eine *klare andere* Regelung enthalten würde (vgl. dazu vorne A. 1), die allerdings *de lege lata* nicht ersichtlich ist.

86 Vgl. dazu vorne B. 2. c.

87 Diese Pflicht eines Finanzintermediärs ist *nicht im GwG*, sondern auf *Verordnungsstufe* geregelt; selbst wenn Gesetzmässigkeit vorliegen sollte, was hier offen bleiben kann (beim GwG handelt es sich um ein Rahmengesetz: BBl 1996 III 1112 [Botschaft GwG]), scheint die *«Legalitätsbasis»* als *«lex specialis»* (vgl. dazu vorne B. 1) *schwach*, wenn mit Art. 42 ff. GwV Kst *gegen zwingendes Aktienrecht verstossen* wird (was aufgrund der aktuellen Praxis der Kontrollstelle GwG der Fall ist).

88 Ein Ausschlussrecht bei Körperschaften wird als *«systemwidrig»* betrachtet: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 3 N 44. Rechtliche sowie faktische *«Ausschlussmöglichkeiten»* bei AG gibt es in einigen speziellen Bereichen (v.a. Börsen- sowie Fusionsrecht), die als *Ausnahmen vom Grundsatz* zu verstehen sind.

89 Zur Thematik: PETER BERGSMÄ, Auflösung, Ausschluss und Austritt aus wichtigem Grund bei Personengesellschaften (Diss. Zürich 1990), 87 ff. Bei *ein-fachen Gesellschaften* ist – mangels besonderer vertraglicher Grundlage – *kein* Ausschlussrecht vorgesehen: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 12 N 90 m.w.H.

90 Zur geplanten *Neuordnung* (de lege ferenda): ANDREA GRIMM/RICCARDA TRIPPEL, Aktuelle Fragen des GmbH-Rechts, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I (Bern 2006) 64 f.

schluss von Gesellschaftern vor. Anders verhält es sich unter heute (noch) gültigem Aktienrecht bei AG.⁹¹

Somit ist die Pflicht zum «Geschäftsabbruch» faktisch und rechtlich *unmöglich*, d.h. eine AG hat basierend auf dem Aktienrecht keine legale Möglichkeit, «ihre» Aktionäre aus der Gesellschaft auszuschliessen und damit einen Abbruch der Beziehung zu bewirken – ein weiterer Beleg dafür, dass das GwG in diesem Bereich nicht «passt» und *nicht anwendbar* sein kann. GV-Beschlüsse oder VR-Beschlüsse, die Aktionäre «ausschliessen», müssen m.E. als *nichtig* qualifiziert werden.⁹²

C. Schlussbemerkungen

1. Risiken für Investmentgesellschaften sowie praktische Aspekte

Bei den Investmentgesellschaften herrscht *grosse Rechtsunsicherheit* als Folge der Praxis der Kontrollstelle GwG.⁹³ Obwohl das GwG in Bezug auf die Gesellschafterverhältnisse nicht «passt»⁹⁴ und die Investmentgesellschaften in diesem Bereich keine Finanzintermediäre sein können⁹⁵, sind die Gesellschaften (vorerst) trotzdem aufgerufen, das Gesetz zu beachten – m.E. kann dies indes im oben beschriebenen Rahmen *nicht* zutreffen:

- Sollten die Investmentgesellschaften Ernst machen und ihre angebotenen Pflichten als behauptete Finanzintermediäre *erfüllen* (z.B. einen Aktionär identifizieren gemäss Art. 3 GwG, wenn dieser «irgendwelche Rechte geltend» macht,⁹⁶ oder eine «Vermögenssperre» oder einen «Geschäftsabbruch» vornehmen)⁹⁷, werden dadurch GV- und VR-Beschlussfassungen *zivilrechtlich angreifbar*.

91 Zwar wird eine rechtspolitische *Diskussion angeregt* zur Legiferierung eines Ausschlussrechts gegen Aktionäre (jüngst: PETER V. KUNZ, Rätseleuten um die Schweizer Aktienrechtsrevision, NZZ Nr. 281 (2005) 29) – doch ob dies realistisch ist, bleibt abzuwarten (und muss m.E. wohl *bezweifelt* werden).

92 Art. 706b OR sowie Art. 714 OR. Statt aller: RHEIN, Nichtigkeit, 67 ff. sowie 117 ff.

93 Vgl. dazu vorne A. 1. b (Ziff. 3).

94 Vgl. dazu vorne B. 2. b–d.

95 Vgl. dazu vorne B. 2. a.

96 Mit diesem – m.E. *aktienrechtswidrigen* – Vorschlag: BALLEYGUIER/SORROSAL, Investmentgesellschaften, 29; ähnlich wie hier: BERTSCHINGER, Investmentgesellschaften, 18 FN 15.

97 Zu den *praktischen* Umsetzungsproblemen: ROHR, Finanzintermediär, 83; zudem: BALLEYGUIER/SORROSAL, Investmentgesellschaften, 29; BALLEYGUIER, Geltungsbereich, 32 (z.B. Probleme bei *Inhaberaktien*).

- Sollten sie hingegen der vorliegenden Ansicht folgen und das GwG als nicht anwendbar betrachten, d.h. ihre «Pflichten» *nicht erfüllen*, droht ihnen als juristische Personen eine *Strafverfolgung* (Art. 100^{quater} StGB)⁹⁸.

Investmentgesellschaften müssen sich als (angebliche) Folge des GwG entweder einer *SRO anschliessen* oder direkt der *Kontrollstelle GwG* unterstellen (Art. 13 GwG). Die verschiedenen SRO, die für eine Mitgliedschaft in Fragen kommen,⁹⁹ verlangen als Aufnahmebedingung von ihren Mitgliedern meist eine Art von «*GwG-Reglement*», in dem geregelt wird, wie die Gesellschaft ihre *Pflichten gemäss GwG* gegenüber den Aktionären wahrnehmen will – es sind kreative «*Reglementsentwerfer*» gesucht.

2. Fazit

1. *Investmentgesellschaften* stellen – ähnlich wie Anlagefonds – *gewisse Risiken* betreffend mögliche Geldwäschereien dar. Eine Lösung muss indes sowohl *rechtsstaatlichen* Anforderungen genügen (z.B. dürfen aktienrechtliche Regelungen nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Opportunität ignoriert werden) als auch die *Rechtssicherheit* gewährleisten (d.h. die AG müssen wissen, was recht ist und v.a. welche Folgen bei Nichtbeachtung drohen) – die heutige *Praxis* der Kontrollstelle GwG¹⁰⁰ genügt *nicht*.

98 Art. 100quater Abs. 2 StGB: «Handelt es sich (...) um eine *Straftat nach* den Artikeln (...) 305^{bis} [= GwG] (...), so wird das *Unternehmen unabhängig* von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, wenn dem Unternehmen *vorzuwerfen* ist, dass es nicht *alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren* getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern» – m.W. hat sich bis anhin kein Autor mit der *Strafbarkeit von Investmentgesellschaften* in diesem Zusammenhang auseinandergesetzt. Allg.: GÜNTER HEINE, *Praktische Probleme des Unternehmensstrafrechts* (...), SZW 77 (2005) 17 ff.; GUNTHER ARZT, *Strafbarkeit juristischer Personen: Andersen, vom Märchen zum Alptraum*, SZW 74 (2002) 226 ff.

99 Hinweise zum *Status quo*: Es besteht ein (anscheinend faktisch inaktiver) *Schweizer Verband der Investmentgesellschaften* (SVIG): www.svg.org (wenig aussagekräftig).

100 Für die «*Interpretationen*» der Kontrollstelle GwG ist m.E. insofern *Verständnis* aufzubringen, als sie mit einer *unbefriedigenden Situation de lege lata* konfrontiert ist; trotzdem erscheint deren «*Lückenfüllung*» durch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise *aktienrechtswidrig*. Eine «*Lockerung*» (zumindest für Publikums-AG) – auf welcher gesetzlichen Grundlage auch immer – andeutend nunmehr der Begleitbericht re Bundesgesetz GAFI (29 f./Ziff. 2.4.5): «Als Instrument der kollektiven Vermögensanlage und -verwaltung sind Investmentgesellschaften dem Gesetz [= GwG] unterstellt. Da jedoch die Aktien der Investmentgesellschaften, jedenfalls

2. Der *Kontrollstelle GwG* als Rechtsanwenderin sind de lege lata die Hände gebunden. Gefordert ist – sofern dies dem rechtspolitischen Willen der Legislative entspricht – der *Gesetzgeber de lege ferenda* als Rechts-setzer,¹⁰¹ und zwar einerseits beim *GwG* (betreffend die Investmentgesellschaften, d.h. Qualifikation als Finanzintermediär sowie «Anpassung» bei den Pflichten) und andererseits bei der aktuellen *Aktienrechtsrevision* (betreffend die Kooperationspflichten der Aktionäre)¹⁰².
3. Aktuellerweise ist das *GwG* – nach der hier vertretenen Ansicht – überhaupt *nicht anwendbar* auf *Investmentgesellschaften* in Bezug auf deren *Aktionäre* (ausser sie trete als Verkäuferin eigener Aktien auf); eine Befolgung der Vorgaben bzw. der Praxis der *Kontrollstelle GwG* würde heikle *zivilrechtliche Folgen* (z.B. Anfechtungen sowie Nichtigkeiten von Beschlussfassungen) mit sich bringen. Aus allen diesen Überlegungen steht m.E. ausserdem fest, dass sich die *Investmentgesellschaften* – aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Vorgaben – *nicht strafbar* machen können im Rahmen von Art. 100^{quater} StGB¹⁰³.

wenn sie börsenkotiert sind, ausschliesslich oder grösstenteils über bewilligte Finanzintermediäre, insbesondere Banken gehandelt werden, entstünde eine Doppelspurigkeit, wenn man sie zwingen wollte, in solche Fällen ebenfalls die Sorgfaltspflichten nach dem [GwG] einzuhalten. (...) [Es] sollen auch Investmentgesellschaften dem Gesetz nur unterstellt werden, sofern sie ihre Aktien selber anbieten oder vertreiben. Investmentgesellschaften, die ihre Aktien ausschliesslich über Dritte, Banken, Treuhänder, usw. vertreiben lassen, die dem [GwG] unterstellt sind, werden somit selber nicht auch noch zusätzlich dem [GwG] unterstellt.»

101 Dieses legislatorische Vorgehen hätte ausserdem den Vorzug, dass die *Kontrollstelle GwG aus dem Schussfeld* der äusserst scharfen (und teils etwas unfairen) Kritik genommen wird.

102 Vgl. dazu vorne A. 1. b (Ziff. 2). Übersehen wird meist, dass bereits *Anfang 2005* eine versteckte, GwG-motivierte *Zwischen-Aktienrechtsrevision* vorgeschlagen wurde mit dem Regelungsinhalt einer *Meldepflicht von Aktionären* (ausserhalb des aktuellen Börsenrechts): Entwurf re Bundesgesetz GAFI (Art. 700 Absatz 2 Satz 2 E-OR sowie Art. 702a E-OR) sowie Begleitbericht re Bundesgesetz GAFI (57 ff./Ziff. 2.8).

103 Art. 100^{quater} Abs. 2 StGB: «[Eine Strafbarkeit der juristischen Person ist gegeben im Zusammenhang mit Art. 305^{bis} StGB], wenn dem Unternehmen *vorzuwerfen* ist, dass es nicht *alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren* getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern»; m.E. ist eine Strafbarkeit von *Investmentgesellschaften generell ausgeschlossen*, weil theoretisch – *aktienrechtswidrige «organisatorische Vorkehren»* getroffen werden *müssten*, was mit der *Einheit der Rechtsordnung* unvereinbar wäre.

D. Literaturhinweise

BALLEYGUIER DINA, Der persönliche und räumliche Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes im Nichtbankensektor (Bern, www.gwg.admin.ch) 1–49 (zit.: BALLEYGUIER, Geltungsbereich); BALLEYGUIER DINA/SORROSAL AZUCENA, Auch Investmentgesellschaften im Visier, NZZ Nr. 81 (2004) 29 (zit.: BALLEYGUIER/SORROSAL, Investmentgesellschaften); BEHR GIORGIO, Geldwäscherei – eine Aufsicht auf Abwegen, NZZ Nr. 178 (2004) 23 (zit.: BEHR, Geldwäscherei); BERTSCHINGER URS, Investmentgesellschaften – Quo vadis?, in: FS für Dieter Zobl (Zürich 2004) 15–33 (zit.: BERTSCHINGER, Investmentgesellschaften); BISCHOF PIRMIN, Anlagefonds oder Investmentgesellschaft? Anlegerschutz im Vergleich, in: Solothurner FG zum Schweizerischen Juristentag (Solothurn 1998) 609 – 623 [zit.: BISCHOF, Investmentgesellschaft]; BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht (3. A. Zürich 2004) (zit.: BÖCKLI, Aktienrecht); BRÜGGER URS, Die Investmentgesellschaft, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 6 (Bern 1998) 179–201 (zit.: BRÜGGER, Investmentgesellschaft); VON BÜREN ROLAND/HASLER DANIEL, Ein Novum im schweizerischen Gesellschaftsrecht: Die Anlagegesellschaft mit variablem Grundkapital, in: FS für P. Nobel (Bern 2005) 57–75 (zit.: VON BÜREN/HASLER, Novum); VON BÜREN ROLAND/STOFFEL WALTER A./WEBER ROLF H., Grundriss des Aktienrechts (Zürich 2005) (zit.: VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss, N 76 ff.); GRABER CHRISTOPH, Das Schweizerische Geldwäschereigesetz (2. Zürich 2003) (zit.: GRABER, Geldwäschereigesetz); KUNZ PETER V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Bern 2001) (zit.: KUNZ, Minderheitenschutz); MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht (9. A. Bern 2004) (zit.: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht); MÜLLER RICHARD C., Die Investmentgesellschaft (...) (Diss. St. Gallen 2001) (zit.: MÜLLER, Investmentgesellschaft); RHEIN MIRIAM SIMONE, Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen (Diss. Zürich 2000) (zit.: RHEIN, Nichtigkeit); ROHR ANDREAS, Bin ich Finanzintermediär? (Bern 2004) (zit.: ROHR, Finanzintermediär).