

Schweizer Verband der Investmentgesellschaften (SVIG)

Grabenstrasse 25, 6340 Baar

Tel: 041 761 51 71 / E-mail: info@svig.org / www.svig.org

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD
Kommunikation
Bundesgasse 3
3003 Bern

Baar, 15. April 2005

Stellungnahme zum Bundesgesetz über die Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de capitaux

Am 12. Januar 2005 hat das Eidg. Finanzdepartement interessierte Kreise eingeladen, zu verschiedenen Gesetzesanpassungen, mit denen die revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de capitaux (GAFI / FATF) umgesetzt werden sollen, Stellung zu nehmen. Für die Gelegenheit zur Meinungsäusserung danken wir Ihnen bestens.

Der Schweizer Verband der Investmentgesellschaften (SVIG) ist ein im Handelsregister des Kantons Zug eingetragener Verband schweizerischen Rechts, welcher anfangs März 2004 gegründet worden ist und welcher gemäss seiner statutarischen Zielsetzung die Interessen der in der Schweiz ansässigen oder tätigen Investment-, Beteiligungs- und Holdinggesellschaften wahrnimmt. Dem SVIG gehören heute rund 20 meist börsenkotierte Investment- oder Beteiligungsgesellschaften an, wobei verschiedene weitere Gesellschaften bereits ihre Absicht bekundet haben, dem Verband in nächster Zeit beizutreten. Bereits heute darf davon ausgegangen werden, dass die im SVIG organisierten Mitglieder unter dem Aspekt Marktkapitalisierung die überwiegende Mehrheit sämtlicher an der SWX kotierten Investmentgesellschaften ausmachen.

Der SVIG reicht hiermit seine Stellungnahme zu den Revisionsvorschlägen ein.

I. Generelle Problematik der Unterstellung von „Investmentgesellschaften“

Der SVIG begrüsst grundsätzlich sämtliche Bestrebungen, die zur besseren Information und Transparenz im Kapitalmarkt führen und somit die Stellung der Anleger stärken und damit eine Effizienzsteigerung des Kapitalmarkts bewirken. Umgekehrt wehrt sich der SVIG auftrags seiner Mitglieder vehement gegen Vorschriften, welche die Konkurrenzfähigkeit sowie die Flexibilität von Investmentgesellschaften unnötig einschränken.

Der vorgeschlagene Art. 2 Abs. 3 lit. f GwG definiert – zumindest gemäss seinem Wortlaut - Personen, die "*individuelle oder kollektive Vermögensverwaltung betreiben, insbesondere Investmentgesellschaften, die ihre Aktien selber anbieten oder vertreiben*" generell als Finanzintermediäre und unterstellt sie damit dem GwG. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff Investmentgesellschaft im Gesetz nicht definiert wird. Der Begriff Investmentgesellschaft ist jedoch weitgehend unklar. Namentlich ist ungeklärt, wo die Abgrenzung zu einer Beteiligungs- oder Holdinggesellschaft zu ziehen ist. Die Ausführungen im Bericht, welche die Ausübung von Finanzdienstleistungen mit dem "Nichtausüben einer unternehmerischen Tätigkeit" gleichstellt, erscheinen als wenig hilfreich, namentlich da die unternehmerische Tätigkeit einer Investment- oder Beteiligungsgesellschaft in der sorgfältigen Auswahl, dem Erwerb, der Betreuung (finanzielle, strategische und führungsmässige Belange, Umstrukturierungen, Wachstum durch Akquisition von Drittunternehmen, Fusionen etc.) liegt. Selbst bei den Investmentgesellschaften, welche eher kleinere Positionen an ihren Beteiligungsgesellschaften halten und daher die einzelnen Beteiligungsgesellschaften weniger intensiv betreuen, käme die Aussage, sie würden keine unternehmerische Tätigkeit ausüben, indirekt einer Geringschätzung der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Bereichs Finanzdienstleistungen in der Schweiz gleich. Ebenso ist unklar, wie sich die unternehmerische Tätigkeit einer Investmentgesellschaft von derjenigen einer reinen Beteiligungs- und Holdinggesellschaft unterscheidet, da einerseits auch deren unternehmerische Tätigkeit sich auf den Kauf, Verkauf und die Verwaltung ihrer Beteiligungen konzentriert und andererseits viele Investmentgesellschaften genau so wie Beteiligungs- und Holdinggesellschaften wie erwähnt durch aktives Coaching, Einflussnahme über vertragliche Mitsprache- oder Vetorechte oder gar die Einsitznahme in die Entscheidungsgremien (bspw. den Verwaltungsrat) von Portfoliogesellschaften diese aktiv unterstützen bzw. in Einzelfällen auf deren Geschäftsgang Einfluss nehmen können.

In diesem Zusammenhang ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass auch bei der Abgrenzung zwischen Investmentgesellschaften einerseits und Beteiligungs- oder Holdinggesellschaften andererseits für Zwecke der Kotierung im Segment der Investmentgesellschaften der Schweizer Börse SWX zahlreiche Unklarheiten und ein grosser Ermessensspielraum besteht. So stuft die SWX beispielsweise eine Gesellschaft in der Regel nicht als Investmentgesellschaft ein, wenn diese auf ihre Portfoliogesellschaften mit einer gewissen Regelmässigkeit Einfluss nimmt, d.h. sich ihren Portfoliogesellschaften gegenüber nicht völlig passiv verhält - und zwar unabhängig davon, ob sie an diesen Portfoliogesellschaften absolute oder auch nur relative Mehrheitsbeteiligungen hält. Eine weitere mehrfach diskutierte Abgrenzungsfrage ist, wie Investmentgesellschaften etwa von Immobiliengesellschaften abzugrenzen sind, sofern letztere mehrere Aktionäre aufweisen.

Ebenso ist unklar, ab welcher Zahl von Aktionären eine Investmentgesellschaft anzunehmen ist. Namentlich kann man sich fragen, ob das Vorliegen einer Investmentgesellschaft erst ab einer Mindestzahl von 20 Aktionären zu bejahen ist.

Angesichts der nur sehr vagen Abgrenzung des Begriffs der Investmentgesellschaft von anderen Gesellschaftsformen - namentlich den Beteiligungsgesellschaften und auch den Holdinggesellschaften - ist auch die mit der vorgeschlagenen Regelung verbundene Unterstellung unter einen Deliktstatbestand (Art. 36 Abs. 1 und 2 GwG) letztlich nur sehr vage umschrieben, was wegen des im Bereich des Strafrechts streng zu handhabenden Legalitätsprinzips äusserst fragwürdig und letztlich verfassungswidrig ist. Dies gilt namentlich auch darum, weil Art. 36 Abs. 2 GwG auch die fahrlässige Begehung für strafbar erklärt. Der Begriff der "Investmentgesellschaften" müsste daher entweder auf genügend präzise Weise gesetzlich umschrieben oder aber ersatzlos gestrichen werden.

II. Ausnahmeregelung

Zu begrüßen ist immerhin, dass Investmentgesellschaften gemäss den Ausführungen im Begleitbericht dem Gesetz nur unterstellt werden sollen, sofern sie ihre Aktien selber anbieten oder vertreiben, so dass Investmentgesellschaften, die ihre Aktien ausschliesslich über Dritte, Banken, Treuhänder, usw. vertreiben lassen, die ihrerseits dem GwG unterstellt sind, dem GwG generell nicht unterstellt werden sollen. Zu beachten ist jedoch, dass diese Einschränkung unbedingt im Gesetzeswortlaut entsprechend reflektiert werden muss, denn dieser umfasst in der vorgeschlagenen Form je nach Interpretation des unklaren Wortlauts wohl sämtliche Investmentgesellschaften. Eine solche Formulierung von Art. 2 Abs. 3 lit. f GwG, welche die im Begleitbericht erwähnte – und sachlich vollumfänglich gerechtfertigte – Einschränkung widerspiegelt, könnte etwa wie folgt lauten: "*individuelle oder kollektive Vermögensverwaltung betreiben (einschliesslich Investmentgesellschaften gemäss Art. [Verweis auf die aufzunehmende Legaldefinition]), sofern sie ihre Anteile direkt ausgeben oder vertreiben*". Der Begriff des "Anbietens" ist zudem ersatzlos zu streichen, da das reine Anbieten und Bewerben der eigenen Anteile durch die Investmentgesellschaft auch für Zwecke des GwG irrelevant bleibt, wenn die Abwicklung von Titelverkäufen oder Aktienemissionen – wie dies üblicherweise der Fall ist - über dem GwG unterstellte Dritte – Banken, Effektenhändler, etc. - erfolgt.

Im Weiteren sind die Pflichten, welche sich für die *unterstellten* Investmentgesellschaften aus dem GwG ergeben, namentlich die Identifikationspflicht gemäss Art. 3 GwG, in Anbetracht des regulatorischen Umfeldes und den sich daraus ergebenden faktischen Einschränkungen bei der Informationsbeschaffung entsprechend anzupassen. Namentlich ist festzuhalten, dass die Identifikationspflicht gemäss Art. 3 GwG nur beim originären Erwerb der Aktien durch den Aktionär von der Gesellschaft oder bei einem direkten derivativen Erwerb der Aktien, d.h. beim Verkauf von Aktien durch die Gesellschaft an einen neuen Aktionär, erfüllt werden müssen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nur in diesen zwei Fällen von einer vertragsähnlichen Beziehung zwischen der Gesellschaft und dem neuen Aktionär ausgegangen werden kann, weil nur hier der Aktionär mit der Gesellschaft in einer Austauschbeziehung steht (Zeichnung und Liberierung bzw. Verkauf der Ak-

tionen gegen Zuteilung der Aktien/Übergabe allfälliger Zertifikate). Beim derivativen Erwerb von Aktien zwischen einzelnen Aktionären dagegen ist die Gesellschaft bloss eine indirekt beteiligte Drittpartei, die allenfalls früher oder später Kenntnis vom Übergang der Aktien erhält und diesen bei Namenaktien im Aktienbuch der Gesellschaft – im Falle von vinkulierten Namenaktien nach einer Prüfung der entsprechenden statutarischen Vorschriften – nachzuführen hat. Ausser im Falle von vinkulierten Namenaktien erwirbt der Aktionär seine aus den erworbenen Aktien fliessenden Rechte ohne jegliche Mitwirkung der Gesellschaft; die im Anschluss an den Aktienwerb zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte notwendige Eintragung im Aktienbuch hat gemäss einhelliger Lehre nur noch deklaratorische Bedeutung; bei Inhaberaktien fällt eine solche Eintragung mangels Aktienbuch sogar ganz weg.

Namentlich für Investmentgesellschaften, deren Aktien über ein Settlement System (Segal-InterSettle, etc.) gehandelt werden, ist im Weiteren darauf hinzuweisen, dass die Gesellschaft keinen direkten Zugriff auf die Informationen hat, wer an den entsprechenden Aktien wirtschaftlich berechtigt ist, unabhängig davon, ob es sich um Namen- oder Inhaberaktien handelt. So geht insbesondere bei Inhaber- und nicht vinkulierten Namenaktien – wie bereits oben erwähnt – das Eigentum an den Aktien ohne Zutun – d.h. ohne jede Einwirkungsmöglichkeit – der Gesellschaft auf den Erwerber über. Selbst bei vinkulierten Namenaktien, welche börsenkotiert sind, gehen – soweit die entsprechenden Aktien börsenmässig erworben werden – gemäss Art. 685f Abs. 1 OR die vermögensmässigen Rechte aus den Aktien mit der Übertragung auf den Erwerber über, ohne dass dieser vorgängig ein Gesuch um Eintragung ins Aktienbuch zu stellen hat. Der Eintrag ins Aktienbuch ist gemäss Abs. 2 der erwähnten Bestimmung nur notwendig, um das Stimmrecht und die mit diesem zusammenhängenden Rechte auszuüben, währenddem alle übrigen Aktionärsrechte, insbesondere auch das Bezugsrecht, auch bei vinkulierten Namenaktien ohne Eintragung auf den Erwerber übergehen. In der Praxis ist daher regelmässig festzustellen, dass ein gewichtiger Prozentsatz der Aktionäre, welche – vinkulierte oder nicht vinkulierte – Namenaktien von börsenkotierten Gesellschaften erwerben, kein Gesuch um Eintragung ins Aktienbuch der Gesellschaft stellen, womit die Gesellschaft keinerlei Informationen darüber hat, von wem die entsprechenden Aktien zu einem bestimmten Zeitpunkt gehalten werden (sogenannte "Dispo-Aktien").

Die Gesellschaft kann allenfalls bei der SIS nachfragen, wie viele Aktien (einschliesslich Dispo-Aktien) bei welchen SIS-Systemteilnehmern auf deren entsprechenden SIS-Konten zu einem bestimmten Zeitpunkt gutgeschrieben sind. Da es sich bei den SIS-Systemteilnehmern praktisch ausschliesslich um spezialgesetzlich beaufsichtigte Finanzintermediäre handelt, welche die wirtschaftlich berechtigten Personen ohnehin identifizieren müssen, kann zur Vermeidung von Doppelspurigkeiten auf jegliche weitere Identifikation durch die Investmentgesellschaft verzichtet werden kann, selbst wenn die Investmentgesellschaft dem GwG – bspw. wegen direkten Verkäufen von eigenen Aktien an Aktionäre – grundsätzlich unterstellt ist. Gleiches muss im übrigen auch für Investmentgesellschaften gelten, deren Aktien nicht börsenkotiert sind, jedoch über ein Settlement System gehandelt werden, da in der Praxis auch bei diesen Gesellschaften festzustellen ist, dass Aktionäre auf ein Eintragungsgesuch sehr oft verzichten.

Selbst wenn die Aktien einer Investmentgesellschaft nicht über ein Settlement System gehandelt werden, besteht die Problematik, dass die Investmentgesellschaft keine Kontrolle darüber hat, ob Aktien ohne entsprechende Mitteilung an die Gesellschaft bzw. Stellung eines Gesuchs um Eintragung in das Aktienbuch durch einen bestehenden Aktionär an eine Drittperson veräussert werden. Selbst wenn das Eigentum an vinkulierten Namenaktien gemäss dem bereits erwähnten Art. 685c Abs. 1 OR beim Veräusserer verbleibt, ist wohl auch hier davon auszugehen, dass als wirtschaftlich Berechtigter der Erwerber zu gelten hat, zumindest wenn er den Kaufpreis für die Aktien entrichtet hat. Entsprechend ist es auch hier einer Investmentgesellschaft nicht möglich, festzustellen, wer wirtschaftlich Berechtigter an den von ihr ausgegebenen Aktien ist. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die Gesellschaft – mit Ausnahme des nun vorgeschlagenen Art. 702a OR, welcher jedoch nur Inhaberaktionäre, welche mehr als 10% der ausstehenden Aktien halten, erfasst - keinerlei Druckmittel gegenüber ihren Aktionären bzw. den im Aktienbuch als Aktionäre eingetragenen Personen hat, bei der Informationsbeschaffung über die wirtschaftliche Berechtigung an den Aktien mitzuwirken, da sich die Pflicht des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft gemäss Art. 680 Abs. 1 OR auf die Liberierung des Ausgabebetrags für die Aktien anlässlich deren Ausgabe beschränkt. Mit anderen Worten hat die Gesellschaft keinerlei Druckmittel gegenüber ihren Aktionären, wenn sich diese nicht freiwillig bereit erklären, der Gesellschaft Informationen zu liefern. Der Gesellschaft ist es namentlich auch verwehrt, die Vermögens- und Stimmrechte eines Aktionärs zu suspendieren, solange dieser einem allfälligen Ersuchen der Gesellschaft um Dokumentation der wirtschaftlichen Berechtigung bzw. Einlieferung von Dokumenten zwecks Erfüllung der Identifikationspflicht gemäss Art. 3 GwG nicht nachgekommen ist. Diesbezüglich hilft auch die neu vorgeschlagene Meldepflicht Art. 702a OR nicht weiter, da dieser wie erwähnt die Offenlegungspflicht auf Aktionäre mit Inhaberaktien und Beteiligungen über 10% beschränkt. Aufgrund des Gesagten wäre die Identifikationspflicht einer Investmentgesellschaft, sofern sie selbst Aktien direkt an Aktionäre ausgibt oder verkauft und daher gemäss Art. 2 Abs. 3 lit. f nGwG bzw. den Ausführungen im Begleitbericht dem GwG unterstellt würde, damit konsequenterweise auf die ihr im Rahmen von Art. 702a OR eingereichten Unterlagen zu beschränken.

III. Offenlegungsvorschriften für Gesellschaften mit Inhaberaktien

Die neu vorgeschlagenen Normen zur Transparenz der Aktiengesellschaft mit Inhaberaktien und Aktienumwandlung (Art. 702a und 704a OR) sowie die entsprechende Strafbestimmung (Art. 327 StGB) werden vom SVIG abgelehnt. Diese Normen schaffen für Aktiengesellschaften mit Inhaberaktien einen zusätzlichen, unvermeidbaren Aufwand gegenüber Konkurrenzgesellschaften im In- und Ausland und können nicht zuletzt zu einer – wohl nicht beabsichtigten - Kriminalisierung von Investorenkreisen und Organen führen. Solange im internationalen Umfeld, wie beispielsweise mit angelsächsischen Truststrukturen, auf breiter Basis Investitionsvehikel erstellt werden können, ohne dass die wirtschaftlich Berechtigten identifiziert werden müssen, ist eine im internationalen Kontext äusserst strenge Regelung in der Schweiz zu unterlassen und die Normen insbesondere aus folgenden Überlegungen ersatzlos zu streichen:

- Der zusätzliche Aufwand, den diese neuen Normen mit sich bringen, ist insbesondere für kleinere Aktiengesellschaften nicht zu unterschätzen. Einerseits verursachen die aus den neuen Normen fließenden Formalitäten rund um die Generalversammlung sowohl für die Gesellschaft, den Verwaltungsrat als auch für die Aktionäre einen zusätzlichen Aufklärungs- und Informationsbedarf, welcher in der Regel meist durch externe Berater wahrgenommen werden muss. Da die Nichtbeachtung der Normen strafrechtliche Konsequenzen zur Folge hat, kann es sich wohl keine Gesellschaft leisten, ihren Verwaltungsrat und das Aktionariat nicht umfassend zu informieren. Andererseits verursachen die vorgeschlagenen Identifikationsmassnahmen der Aktionäre vor und an der Generalversammlung sowie die Archivierung der Daten zusätzliche hohe Kosten.
- Höchst problematisch ist die Aufnahme eines Straftatbestandes in das StGB bei Verletzung von Melde- und Aufbewahrungspflicht bei Inhaberaktien (Art. 327 StGB). Wird im BEHG zumindest nur der Vorsatz der Verletzung von Meldepflichten bestraft (Art. 41 BEHG i.V.m. Art. 20 BEHG), dehnt Art. 327 StGB den subjektiven Tatbestand auf Fahrlässigkeit aus und bestraft deren Nichtbeachtung als Übertretungstatbestand zusätzlich auch mit Haft. Da insbesondere bei kleineren Aktiengesellschaften mit Inhaberaktionären nicht ausgeschlossen werden kann, dass aufgrund einer mangelnden Wahrnehmung der neuen Normen, sei es durch den Verwaltungsrat oder durch die Inhaberaktionäre, diese fahrlässig verletzt werden könnten, würde Art. 327 StGB unnötigerweise zu einer Kriminalisierung von unbescholtenen Kreisen führen.
- Die Aufhebung der Möglichkeit einer Aktiengesellschaft, in den Statuten eine erschwerte Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien vorzusehen (Art. 704a OR), stellt einen unnötigen Eingriff in die von einer Gesellschaft frei zu wählende Corporate Governance dar. So gibt es in der Schweiz zahlreiche Aktiengesellschaften, welche durch die Zweiteilung der Aktien in Namen- und Inhaberaktien eine bewusst so gewollte Kapitalstruktur gewählt haben, wobei häufig durch die als Stimmrechtsaktien ausgestalteten Namenaktien dem kapitalmässig in der Minderheit stehenden Aktionärsteil einen bestimmenden Einfluss auf die Gesellschaft geben möchten; dies ist insbesondere in Familienaktiengesellschaften der Fall. Die Wahl der Art und Weise der Finanzierung einer Gesellschaft und die damit verbundenen Vor- und Nachteile müssen von der Gesellschaft in den Statuten frei gewählt werden können. Die bisherige Regelung ist entsprechend beizubehalten.

Sollten die Normen zur Transparenz der Aktiengesellschaft mit Inhaberaktien und Aktienumwandlung tatsächlich in Kraft gesetzt werden, sind zumindest folgende Gedanken in Erwägung zu ziehen:

- Analog der beabsichtigten Regulierung bei Investmentgesellschaften, wonach nur Aktionäre von Gesellschaften zu identifizieren sind, die ihre Aktien selber vertreiben - oder direkt ausgeben -, ist eine gleichwertige Regelung für Aktiengesellschaften mit Inhaberaktionären vorzusehen. Es macht wenig Sinn, wenn Grossaktionäre, welche

ihre Aktien bei einem Finanzintermediär eingebucht oder deponiert haben, sich nochmals identifizieren müssen. Es ist demnach vorzusehen, dass im Falle einer Depot- bzw. Sperrbescheinigung eines dem GwG unterstellten Dritten auf eine Identifikation verzichtet werden kann.

- Wünschenswert ist eine Klarstellung in Art. 702a OR, dass bei Depotstimmvertretern und unabhängigen Stimmrechtsvertretern, welche über 10 Prozent der Inhaberk Aktien einer Gesellschaft an deren Generalversammlung vertreten, keine Identifikation der Aktionäre erfolgen muss. Durch diese Klarstellung wäre sichergestellt, dass die bspw. durch einen Depotvertreter vertretenen Aktionäre nicht offengelegt werden müssen. Unter der jetzt vorgeschlagenen Regelung besteht Unsicherheit darüber, ob diese Vertreter durch die Stimmenbündelung einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben (vgl. Botschaft Ziff. 2.8, letzter Absatz) und damit unter die Definition von Absatz 1 fallen könnten. Wenn dies der Fall wäre, hätte dies de facto zur Folge, dass Depotvertretern die Teilnahme an einer Generalversammlung schlicht verunmöglicht würde, wollen sie sich nicht in das schwierig zu lösende Spannungsfeld zwischen den Vorschriften des Bankengesetzes hinsichtlich der Geheimhaltungspflicht einerseits und den neu vorgeschlagenen Offenlegungspflichten begeben.

Die neuen Normen sollten zudem eine Unterscheidung zwischen kotierten und nicht kotierten Gesellschaften treffen. Publikumsgesellschaften sind vollständig von der Anwendbarkeit der neuen Regelung auszuschliessen, da deren wichtigen Aktionäre durch das BEHG einer genügenden Offenlegungspflicht unterworfen sind. Entsprechend rechtfertigt es sich, diese von den neuen Vorschriften generell auszunehmen, namentlich um zu verhindern, dass sich zwischen den beiden Normen durch unterschiedliche Auslegung Konflikte ergeben.

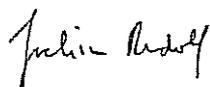
Bei der Weiterbearbeitung des vorliegenden Expertenentwurfes bzw. bei der Ausarbeitung der Botschaft an das Parlament danken wir Ihnen bestens für die Berücksichtigung unserer oben dargestellten Anliegen.

Gerne stehen wir Ihnen für weitere Informationen jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

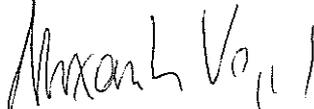
Schweizerischer Verband der Investmentgesellschaften (SVIG)

Der Präsident:



Dr. Joachim Rudolf

Der Sekretär:



Dr. Alexander Vogel