



Verband Schweizerischer Vermögensverwalter | VSV
Association Suisse des Gérants de Fortune | ASG
Associazione Svizzera di Gestori di Patrimoni | ASG
Swiss Association of Asset Managers | SAAM

Einschreiben

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
CH – 3003 Bern

Zürich, 12. März 2010

Vernehmlassung zur parlamentarischen Initiative 05.412: Unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten, die durch nicht arglistige Täuschung erlangt wurden

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 1. Dezember 2009 und bedanken uns für die unserem Verband gebotene Möglichkeit, sich zur parlamentarischen Initiative und zum Vorentwurf der Kommission für Rechtsfragen zu Art. 141^{bis} E-StGB und Art 133a Abs. 1 E-MStG (unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten, die durch nicht arglistige Täuschung erlangt wurden) vernehmen zu lassen.

Der Verband Schweizerischer Vermögensverwalter (VSV) vertritt statutengemäss die Interessen der ihm angeschlossenen Aktivmitglieder, welche im Bereich der Finanzintermediation tätig sind. Aufgrund deren Haupttätigkeit als unabhängige Vermögensverwalter kann nicht ausgeschlossen werden, dass Mitglieder des VSV durch eine fehlerhafte oder gar gewollte Überweisung wirtschaftlich fremde Vermögenswerte erhalten, auf die sie keinen direkten Anspruch haben und somit in den Anwendungsbereich der hier zur Diskussion stehenden Strafnorm geraten. Aus diesem Grund nehmen wir die uns gebotene Gelegenheit wahr und lassen uns wie folgt vernehmen:

1. Einleitende Bemerkungen

Strafbar macht sich nach geltendem Recht gemäss Art. 141^{bis} StGB und Art. 133a Abs. 1 MStG, wer Vermögenswerte, die ihm ohne seinen Willen und ohne sein Zutun zugekommen sind, unrechtmässig verwendet. Dagegen bleibt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung straflos, wer eine Fehlüberweisung durch eine Täuschung selber veranlasst oder zu ihr beigetragen hat, sofern Arglist ausscheidet und somit auch kein Betrug gemäss Art. 146 StGB möglich ist.

Geschäftsstelle
Bahnhofstrasse 35
CH-8001 Zürich
Tel. 044 228 70 10
Fax 044 228 70 11
info@vsv-asg.ch
www.vsv-asg.ch

Bureau régional
13, avenue Krieg
CH-1208 Genève
Tél. 022 347 62 40
Fax 022 347 62 39
info@vsv-asg.ch
www.vsv-asg.ch

Ufficio regionale
Via Landriani 3
CH-6900 Lugano
Tel. 091 922 51 50
Fax 091 922 51 49
info@vsv-asg.ch
www.vsv-asg.ch

Da dies dazu führt, dass ohne Rechtsgrund Bereicherte, die sich rein passiv verhalten, schlechter behandelt werden, als jene, die zur unrechtmässigen Erlangung der Vermögenswerte beigetragen haben, hat die Kommission für Rechtsfragen vorgeschlagen, dass neu nicht mehr auf den Willen des Täters abgestellt werden soll, sondern die Frage im Zentrum steht, ob im Zeitpunkt des Zugangs ein Rechtsanspruch bestand oder nicht.

Eine Kommissionsminderheit schlägt die ersatzlose Streichung von Art. 141^{bis} StGB und Art. 133a MStG vor. Dies mit der Begründung, dass die Schweiz mit diesen Strafnormen (in der geltenden, wie auch der vorgeschlagenen revidierten Fassung) im internationalen Strafrechtsvergleich einen Sonderzug fahre und nicht die Durchsetzung eines jeden zivilrechtlichen Anspruchs auch noch strafbewehrt sein müsse. Zudem würde mit den revidierten Fassungen spezifisches „arme Leute-Strafrecht“ geschaffen, das wohl primär Empfänger irrtümlicher Überweisungen treffe, denen die Mittel zur Rückerstattung von vornherein fehlten.

2. Überzeugende Minderheitsposition

Auch der VSV ist der Meinung, dass mit der geltenden Rechtslage eine inakzeptable, nicht sachgerechte Ungleichbehandlung besteht und begrüsst daher prinzipiell das Tätigwerden der zuständigen politischen Instanzen.

Allerdings ist der VSV der Meinung, dass durch die vorgeschlagene Änderung von Art. 141^{bis} StGB und Art. 133a MStG eine unhaltbare Situation durch eine noch weniger akzeptable ersetzt werden soll. Die Argumente der Kommissionsminderheit sind überzeugend. Tragfähige rechtspolitische Argumente der Kommissionsmehrheit für die vorgeschlagene Änderung sind im Bericht der Kommission nicht zu erkennen.

Insbesondere wird das Problem der Zuordnung der verwendeten Vermögenswerte bei einer Vermischung oder Vermengung der unrechtmässig erhaltenen Vermögenswerte mit den eigenen Vermögenswerten nicht gelöst. Bei einer Vermischung des Geldes lässt sich häufig nicht feststellen, ob der Empfänger die irrtümlich erhaltenen Vermögenswerte oder sein eigenes Geld ausgibt. Insbesondere in „arme Leute“-Konstellationen, bei denen der rechtgrundlose Mittelzufluss von der Bank zur Abdeckung von Schulden (Kontoüberzügen) verwendet wird, und der Kontoinhaber später mit gültigem Rechtsgrund zufließende Mittel (z.B. Arbeitslohn) vollständig verwendet, würden im „Normalfall“ der Anwendung der revidierten Bestimmungen rein aleatorische Situationen geschaffen. Strafrechtlich ginge es dann um die Frage, welche Mittel die Bank zur Abdeckung eigener Guthaben verwendet hat und welche Mittel die mutmassliche Täterschaft zur Abdeckung eigener Bedürfnisse verbraucht hat. Das Strafrecht – immerhin auf Stufe eines Vergehens – verkäme zur reinen Lotterie.

Ebenso ist zu berücksichtigen, dass das hauptsächliche Ziel der strafrechtlichen Verfolgung gemäss Art. 141^{bis} E-StGB nicht die – wohl in den meisten Fällen symbolische - Bestrafung des Täters an sich zu sein scheint, sondern das Anliegen mutmasslich Geschädigter, die Vermögenswerte im Umfang

der Fehlüberweisung wieder zurückzuerhalten. Solche Forderungen können und sollen jedoch auf zivilrechtlicher Ebene geklärt werden. Der Unrechtsgehalt der Tathandlung, nämlich die unrechtmässige Verwendung der Vermögenswerte, scheint gegenüber den öffentlichen Interessen eher von untergeordneter Bedeutung zu sein, wird doch die Unrechtmässigkeit der Verwendung einzig aus dem fehlenden Rechtsanspruch bzw. aus der wirtschaftlichen Fremdheit der zugegangenen Vermögenswerte abgeleitet. Es geht nicht um den Schutz absoluter Rechtsgüter wie Leib, Leben, Eigentum und Besitz. Mit der neuen Norm wird die rechtsgrundlose Zuwendung im Sinne von Art. 62 OR für den Fall der vorsätzlichen, nicht gutgläubigen Entreichung im Sinne von Art. 64 OR aus zivilrechtlichen Gesamtkontext herausgerissen und zur Strafnorm erhoben. Dies führt im Ergebnis zu einer systemwidrigen Aufspaltung von Verjährung (strafrechtliche, statt kurze zivilrechtliche) und Verfahren (strafrechtliche Einziehung und deliktische Ersatzforderung anstelle bzw. in Konkurrenz zur Bereicherungsklage) in einzelnen Aspekten des Bereicherungsrechts.

Nach dem Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 29. Oktober 2009 werde mit der vorgeschlagenen Änderung nicht beabsichtigt, die unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten generell unter Strafe zu stellen. Insbesondere solle kein Grundtatbestand mit Bezug auf Forderungen geschaffen werden, der als Auffangtatbestand dienen würde, wenn die Voraussetzungen von Betrug oder Veruntreuung nicht erfüllt sind. Gerade dies jedoch befürchtet der VSV, da unter dem Begriff der Verwendung alles Mögliche und Unmögliches subsumierbar ist. Der VSV hat grosse Bedenken, dass die Vermögensverwalter, die im täglichen Geschäft der Vermögensbetreuung auch eingegangene Gelder weiterleiten und somit Überweisungen für Ihre Kunden vornehmen und erhalten, als Gehilfen in den Anwendungsbereich dieser zu generell gehaltenen, neuen Bestimmung geraten könnten. Der Kreis der mutmasslichen Täterschaft ist mit der neuen Norm generell zu weit gefasst, da mit dem Begriff der Verwendung der Bereich des tatbestandmässigen Verhaltens völlig offen gehalten wird und insbesondere eine qualifizierte Schädigungs- oder Bereicherungsabsicht auf der subjektiven Seite gar nicht gefordert wird.

Aus demselben Grund ist deshalb zu befürchten, dass der revidierte Straftatbestand in der Praxis auch als generelle „strafrechtliche Plattform“ für jede „Konsumentenunzufriedenheit“ missbraucht wird. Zwar ist das Erfordernis des fehlenden Rechtsanspruchs im Zeitpunkt des Zugangs von Vermögenswerten klar festgelegt, so dass Leistungen aufgrund von wegen Täuschung oder Grundlagenirrtum anfechtbaren Verträgen nicht unter die Bestimmungen fallen. Ungelöst bleibt jedoch das Problemfeld von Leistungen aus Verträgen, die sich (meist im Nachhinein) als nichtig erweisen. Die Nichtigkeit wirkt im schweizerischen Zivilrecht ab initio, was bedeutet, dass der entsprechende Rechtsgrund von vornherein fehlt. Zivilrechtliche Abgrenzungsprobleme zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Verträgen eröffnen deshalb ein Tummelfeld für schikanöse Strafanzeigen im Bereich rechtlicher Auseinandersetzungen von Konsumenten und Anbietern.

Ein weiteres ungelöstes Problemfeld eröffnet sich sodann im Bereich von Dauerschuldverhältnissen und deren Kündigung. Werden von Geldschuldnern unter Dauerschuldverhältnissen im Falle der Ver-

tragsbeendigung Daueraufträge oder Lastschriftaufträge nicht gekündigt, oder ist die Wirksamkeit der Kündigung (meist hinsichtlich ihres Zeitpunktes) strittig, so läge nach den revidierten Bestimmungen wiederum tatbestandsmässiges Handeln vor, wenn die Rückzahlung von Geldleistungen verweigert wird. Auch diesbezüglich können Streitigkeiten zwischen Anbietern und Konsumenten eine neue, rechtspolitisch völlig unnötige und unerwünschte Strafrechtsplattform erhalten.

3. Schlussfolgerung

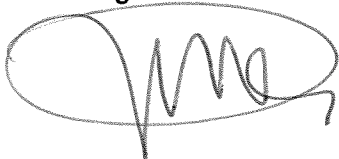
Aus den dargelegten Überlegungen ergibt sich, dass die vorgeschlagene Revision von Art. 141^{bis} StGB und Art. 133a MStG zwar anstrebt, einen unbefriedigenden Zustand zu beseitigen. Leider ist die vorgeschlagene Massnahme dazu ungeeignet. Mit den revidierten Bestimmungen würde neues Strafrecht geschaffen, das zivilrechtliche Auseinandersetzungen in unnötiger und rechtspolitisch unerwünschter Weise auf die strafrechtliche „Bühne“ zieht. Das Strafrecht ist jedoch nicht das geeignete Mittel zur Lösung aller zivilrechtlichen Auseinandersetzungen. Dies insbesondere deshalb nicht, weil – wie vorliegendenfalls – die schädlichen Nebenwirkungen einer neuen bzw. revidierten Norm, die möglichen positiven Wirkungen bei Weitem überwiegen.

Deshalb lehnt der VSV die vorgeschlagene Gesetzesänderung ab und befürwortet das Minderheitsbegehren auf ersatzlose Streichung von Art. 141^{bis} StGB und der analogen Bestimmung von Art. 133a Abs. 1 MStG.

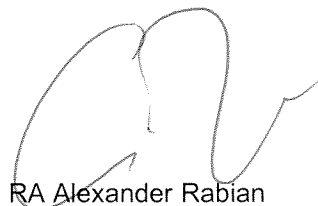
Abschliessend bedanken wir uns nochmals für die uns gebotene Gelegenheit, uns zum Vorentwurf für eine Revision von Art. 141^{bis} StGB und Art. 133a MStG vernehmen zu lassen, sowie die angemessene Berücksichtigung unserer Anliegen.

Mit freundlichen Grüssen

**Verband Schweizerischer
Vermögensverwalter | VSV**



Jean-Pierre Zuber
Präsident
Mitglied Geschäftsleitung SRO



RA Alexander Rabian
Vorsitzender der Geschäftsleitung SRO