



Kommentar zu: Urteil: [6B_885/2014](#) vom 3. August 2015
Sachgebiet: Straftaten
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: Strafrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Anwendung des Strafrechts auf M&A-Transaktionen?

Äquivalenzstörungen in (Kauf-)Verträgen und Festsetzung des Goodwills (Urteil des Bundesgerichts 6B_885/2014 vom 3. August 2015)

Autor / Autorin

Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

Das Bundesgericht bestätigt in seinem Urteil vom 3. August 2015 die Verurteilung des Direktors des Tessiner Elektrizitätsbetriebs AET wegen ungetreuer Amtsführung, weil dieser den Kaufpreis (resp. einen Teil des Goodwills) einer zu erwerbenden Gesellschaft viel zu hoch eingesetzt hatte.

Sachverhalt

[1] Mit Urteil vom 7. Februar 2013 befand das Schwurgericht für Strafsachen des Kantons Tessin A. – den Direktor des Tessiner Elektrizitätsbetriebs (*Azienda elettrica ticinese*, n.F. AET) – der ungetreuen Amtsführung gem. Art. 314 [StGB](#) für schuldig, weil er beim Kauf der C. AG durch die AET die von ihm zu wahren öffentlichen Interessen geschädigt habe, um sich einen unrechtmässigen Vorteil verschaffen. Der Aktienkaufvertrag sah einen Kaufpreis von CHF 4'600'000 vor, welcher gestaffelt in drei Zahlungsstranchen bezahlt werden sollte. Die erste Zahlungsstranche – welche Gegenstand des vorliegenden Urteils ist – beinhaltete neben dem Substanzwert eine Teilvorauszahlung des Goodwills in der Höhe von CHF 1'000'000. Das von A. gegen dieses Urteil erhobene Rechtsmittel hiess das Appellations- und Revisionsgericht für Strafsachen des Kantons Tessin teilweise gut und reduzierte das Strafmass. Es bestätigte jedoch, dass A. zivilrechtlich gegenüber der Privatklägerin AET verantwortlich sei. Gegen dieses Urteil gelangte A. mit einer Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht und verlangte u.a. die Freisprechung von allen Anklagepunkten und die Abweisung sämtlicher Forderungen der Privatklägerin.

Erwägungen

[2] Das Bundesgericht führte aus, dass die Vorinstanz die in der ersten Zahlungsstranche – zusätzlich zum Substanzwert – enthaltene Goodwillkomponente in der Höhe von CHF 1'000'000 zu Recht als offenkundig exorbitante («*manifestamente esorbitante*») An- bzw. Teilzahlung qualifiziert habe. Die Vorinstanz habe zudem richtigerweise festgestellt, dass die in Frage stehende Zahlung Zug um Zug mit der Übertragung der Aktien der C. AG ausgeführt werden sollte, wobei die im Aktienkaufvertrag vorgesehenen *earn out*-Klauseln nicht anwendbar gewesen seien. Die *earn out*-Klauseln seien nämlich nur auf die in der zweiten und dritten Zahlungsstranche vorgesehenen Zahlungen anwendbar gewesen. Sodann habe die Vorinstanz zu Recht erkannt, dass im Aktienkaufvertrag – wie von A. geltend gemacht – allgemeine Verkäufersicherheiten zugunsten der AET vorgesehen gewesen seien. Allerdings hätten diese Sicherheiten die AET – entgegen der Ansicht von A. – nicht gleich gut geschützt wie die *earn out*-Klauseln. Denn deren Durchsetzung bzw. Inanspruchnahme wäre im Vergleich zum simplen und arithmetischen *earn out*-Mechanismus komplizierter gewesen. Zudem seien die Sicherheiten weder genügend liquide noch sofort realisierbar gewesen. Da es für die AET bei dieser Vertragslage schwierig gewesen sei, die getätigte Vorauszahlung der Goodwillkomponente in der Höhe von CHF 1'000'000 zurückzuerhalten, sei die Vorinstanz – entgegen der Ansicht von A. – richtigerweise zum Schluss gekommen, dass diese Zahlung im Widerspruch zu den Interessen der AET gestanden habe. (E. 3.1./3.2.)

[3] Das Bundesgericht wies zudem darauf hin, die Vorinstanz habe – entgegen der Ansicht von A. – nicht *per se* bestritten, dass der Wert der C. AG höher als ihr Substanzwert sei. Folgerichtig habe sie auch keine ungetreue Amtsführung hinsichtlich der Goodwillkomponente in der Höhe von CHF 2'000'000, welche Gegenstand der zweiten Zahlungsstranche gewesen sei, festgestellt. Auch habe die Vorinstanz nicht verkannt, dass der Erwerb der C. AG dem Interesse der AET Rechnung trage. Sie habe sogar ausdrücklich festgehalten, dass der Erwerb eines Netzwerkdienstleisters – wie der C. AG – ein strategisches Ziel der AET darstelle, weil dadurch Kosten eingespart werden können. Die Vorinstanz habe bloss festgestellt, dass die von A. zu wählenden öffentlichen Interessen durch die Vorauszahlung der Goodwillkomponente in der ersten Zahlungsstranche, d.h. durch die Verringerung der Aktiven der AET, geschädigt worden seien, weil – im Gegensatz zu den nachfolgenden Zahlungsstranchen – weder ein *earn out*-Mechanismus noch sofort realisierbare Sicherheiten vorgesehen gewesen seien. (E. 4.1–4.3.)

[4] Schliesslich wies das Bundesgericht darauf hin, dass A. der Vorinstanz auch vorgeworfen habe, den Begriff des Vermögensschadens nicht bundesrechtskonform angewendet zu haben. Die Vorinstanz habe aber richtigerweise festgehalten, dass für die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 314 [StGB](#) auch eine bloss vorübergehende Schädigung des Vermögens oder eine Vermögensgefährdung ausreiche. Das Bundesgericht kam diesbezüglich zum Schluss, die Vorinstanz habe zu Recht das Vorliegen eines vermögensrechtlichen Schadens bejaht. Denn A. habe den fraglichen Aktienkaufvertrag unterzeichnet und in Erfüllung desselben – ohne entsprechende liquide Sicherheiten durchzusetzen und ohne im Aktienkaufvertrag angemessene Schutzbestimmungen zugunsten der AET vorzusehen – eine Vorauszahlung eines augenscheinlich unverhältnismässigen Betrags getätigt. Im Ergebnis wies das Bundesgericht daher die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat. (E. 5.1.–5.3./13.)

Kurzkomentar

[5] In casu überprüfte das Bundesgericht die Höhe des Kaufpreises bzw. der ersten Kaufpreistranche. *In praxi* führt die Frage, ob die Höhe des Kaufpreises zu hoch oder zu tief ist, zu endlosen Diskussionen zwischen den Parteien. Denn der Mechanismus zur Festlegung der Höhe des Kaufpreises ist gerade bei Unternehmenskäufen i.d.R. kompliziert. Grundsätzlich orientiert sich dieser am Marktwert des Unternehmens. Neben dem *Substanzwert* trägt auch der Goodwill einen massgeblichen Wertbeitrag zum Kaufpreis bei. Unter den Begriff Goodwill werden *wirtschaftliche und faktische Vermögenswerte* subsumiert, welche keinen immaterialgüterrechtlichen Schutz geniessen (HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010, S. 32). Es handelt sich entsprechend um den *künftigen ökonomischen Nutzen* aus Vermögenswerten, die nicht einzeln identifiziert und bilanziert werden können (LUKAS MÜLLER, Die Sacheinlagefähigkeit von immateriellem Anlagevermögen und Goodwill im Lichte der internationalen Rechnungslegung, in: GesKR 2008, S. 50–60, S. 58; s. [BGE 119 II 222](#), E. 2a; [BGE 93 II 453](#), E. 4). Diese Definition führt deutlich vor Augen, dass die Festlegung der Höhe des Goodwills aufgrund seiner Natur kompliziert ist. Aus diesem Grunde ist im Einzelfall auch die Frage

schwierig zu beantworten, wann der Goodwill unverhältnismässig hoch eingesetzt worden ist resp. wann der Käufer einen Schaden erleidet (s. dazu sogleich Rz. 6 hiernach).

[6] Die (philosophisch angehauchte) Rechtsfrage, welches der gerechte («*iustum pretium*») oder angemessene Kaufpreis ist resp. ob die Leistungen in einem synallagmatischen Vertrag *äquivalent* sein müssen, beschäftigt Juristen seit Jahrhunderten. Die Vertreter der verschiedenen Epochen haben hierzu unterschiedliche Denkansätze entwickelt (siehe dazu: JAMES GORDLEY, *Equality in Exchange*, in: *California Law Review*, Volume 69, 1981, S. 1587–1656; ALEKSANDER GREBIENIOW, *Rechtsfolgen der Übervorteilung*, Diss. iur. Freiburg i.Üe. 2015 = Arbeiten aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Nr. 356, Zürich 2015, N. 56 ff.; ALESSIA DEDUAL/CARSTEN FISCHER, *Grenzen der Vertragsfreiheit*, in: Roberto Andorno/Markus Thier [Hrsg.], *Menschenwürde und Selbstbestimmung*, Zürich/St. Gallen 2014, S. 241–269, S. 243 ff.). Der schweizerische Gesetzgeber entschied sich in Art. 19 Abs. 1 [OR](#) für einen liberalen Lösungsansatz, welcher den Parteien erlaubt, die Leistung und Gegenleistung grundsätzlich frei auszugestalten ([BGE 96 II 18](#), E. 1; INGEBORG SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Bern 2012, N. 26.19). Dieses *Prinzip der Vertragsautonomie* gilt jedoch nicht absolut. Bei krasser Störung des Äquivalenzprinzips kann ein Vertrag ausnahmsweise nichtig (Sittenwidrigkeit gem. Art. 20 Abs. 1 [OR](#)) oder anfechtbar (Übervorteilung gem. Art. 21 [OR](#)) sein (HEINRICH HONSELL, a.a.O., S. 29; s. auch ALEKSANDER GREBIENIOW, a.a.O., N. 298 ff.). Ob im jeweiligen Einzelfall eine krasse Verletzung des Äquivalenzprinzips vorliegt, ist eine Ermessensfrage. Der Richter kann sich dementsprechend nicht an fixen Prozentzahlen, Schwellenwerten oder mathematischen Formeln bei der Beurteilung orientieren (PETER GAUCH, *Die Übervorteilung – Bemerkungen zu Art. 21 OR*, in: *recht* 1989, S. 91–100, S. 94; vgl. Kasuistik bei ERNST A. KRAMER, in: Arthur Meier-Hayoz [Hrsg.], *Berner Kommentar, Inhalt des Vertrags*, Art. 19–22 OR, Bern 1991, Art. 21 N. 28 ff.).

[7] Diese Grundsätze gelten auch im Strafrecht. Folgerichtig werden Äquivalenzstörungen in zweiseitigen Verträgen nur in Ausnahmefällen strafrechtlich sanktioniert. Als Beispiele können etwa der Betrug (Art. 146 [StGB](#)) oder der Wucher (Art. 157 [StGB](#)) angeführt werden. Aber auch der vorliegend interessierende Art. 314 [StGB](#), welcher primär das öffentliche Vermögen schützt, sanktioniert strafrechtlich u.a. krasse Äquivalenzstörungen in privatrechtlichen Verträgen, wenn der Staat als Vertragspartei dadurch einen Vermögensschaden erleidet (vgl. MARCEL ALEXANDER NIGGLI, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], *Basler Kommentar, Strafrecht II*, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 314 N. 7 und N. 26 ff.; STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth [Hrsg.], *Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 314 N. 1 ff.). Eine bloss vorübergehende Schädigung reicht aus. Zivilrechtliche Ersatzansprüche – wie sie etwa in casu die AET hat – führen nicht zur Verneinung des Schadenseintritts (s. auch Urteil des Bundesgerichts [6B_663/2011](#) vom 2. Februar 2012, E. 2.4; PETER POPP, *Betrug im Schuld- und Strafrecht*, in: Niklaus Schmid/Martin Killias [Hrsg.], *Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit*, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier, Bern 1996, S. 111–127, S. 121 f.). Auch im Strafrecht ist die Frage, ob eine krasse Äquivalenzstörung vorliegt, eine *Ermessensfrage*. Bei ihrer Beantwortung kann der Strafrichter u.E. auf das vom Bundesgericht zu Art. 21 [OR](#) entwickelte zweistufige Prüfungsverfahren zurückgreifen. Dabei wird in einem ersten Schritt der *objektive Wert* der geschuldeten Leistung zur Zeit des Vertragsschlusses eruiert, wobei (sofern vorhanden) vom Marktpreis ausgegangen wird. In einem zweiten Schritt ist zu klären, ob die *Differenz* zwischen dem vertraglich vereinbarten Wertverhältnis und dem ermittelten objektiven Wertverhältnis inäquivalent ist ([BGE 123 III 292](#), E. 6.a/c). Zu unterstreichen ist, dass der Vertrag einer *Gesamtbewertung* zu unterziehen ist. Es ist demnach die Gesamtheit aller Leistungen, Rechte und Pflichten im betreffenden Vertrag wie z.B. Garantien, Sicherheitsleistungen, Freizeichnungen usw., in die Bewertung miteinzubeziehen (HUBERT STÖCKLI, *Das Synallagma im Vertragsrecht*, Habil. iur. Freiburg i.Üe. 2008 = Arbeiten aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Nr. 271, Zürich 2008, S. 154 f.; ERNST A. KRAMER, a.a.O., Art. 21 N. 18; ALESSIA DEDUAL/CARSTEN FISCHER, a.a.O., S. 247).

[8] Diese Überlegungen zu Art. 314 [StGB](#) können *tel quel* auf den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 [StGB](#)) übertragen werden. Denn nach Art. 158 [StGB](#) macht sich auch ein Geschäftsführer strafbar, wenn er Rechtsgeschäfte unter krasser Verletzung des Äquivalenzprinzips abschliesst (ANDREAS DONATSCH, *Aspekte*

der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, in: ZStrR 1996, S. 200–220, S. 212; Urteil des Bundesgerichts [6B_54/2008](#) vom 9. Mai 2008, E. 6 3; [BGE 97 IV 10](#), E. 3).

[9] Das Bundesgericht und die Vorinstanzen haben den Aktienkaufvertrag grundsätzlich nach obigem Schema geprüft und richtigerweise nicht nur die Höhe des Kaufpreises resp. Goodwills isoliert betrachtet, sondern die Strukturierung der Transaktion in ihre Bewertung miteinfließen lassen. Ein besonderes Augenmerk wurde dabei auf die Verkäufergarantien, die durch den Verkäufer gestellten Sicherheiten und die *earn out*-Klauseln gelegt. *Earn out*-Klauseln sind Vertragsklauseln, aufgrund derer der Käufer nach dem *Closing* dem Verkäufer einen von bestimmten, nach diesem Vollzug eintretenden (und damit künftigen) Ereignissen abhängigen gestaffelten, variablen Kaufpreis(anteil) zahlt (MARKUS VISCHER, *Earn out*-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, in: SJZ 2002, S. 509–517, S. 509 f.). *Earn out*-Klauseln werden häufig dann eingesetzt, wenn die Erwartungen von Verkäufer und Käufer bezüglich der zukünftigen Entwicklung des Zielunternehmens und somit der Höhe des Kaufpreises (und indirekt des Goodwills) erheblich divergieren (MARK CAGIENARD/DANIEL JENNY, *Steuerfreier privater Kapitalgewinn: Tragweite und Grenzen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise*, in: GesKR 2015, S. 438–451, S. 448).

[10] Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass Art. 314 [StGB](#) in einem Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und verantwortungsvollem sowie kostendeckendem Staatshandeln steht. Der Bürger hat nämlich das Recht, dass der Staat effizient mit Steuergeldern umgeht und somit bspw. bloss marktkonforme Kaufpreise beim Erwerb von Unternehmen zahlt. Allerdings sollte das Strafrecht nur äusserst zurückhaltend auf Unternehmenskäufe und privatrechtliche Verträge im Allgemeinen angewandt werden. Ansonsten droht eine unnötige Pönalisierung sowie Kriminalisierung zivilrechtlicher Leistungsstörungsfälle (zustimmend Urteil des Bundesgerichts [6B_663/2011](#) vom 2. Februar 2012, E. 2.4.1.). Dies wird mit Blick auf Art. 314 [StGB](#) (und Art. 158 [StGB](#)) dadurch sichergestellt, dass der Strafrichter einen Schaden nur dann bejahen sollte, wenn eine krasse Äquivalenzstörung vorliegt, welche die benachteiligte Partei zivilrechtlich anfechten könnte.

Zitiervorschlag: Dario Galli / Markus Vischer, *Anwendung des Strafrechts auf M&A-Transaktionen?*, in: dRSK, publiziert am 8. Januar 2016

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw



EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch