



Kommentar zu: Urteil: [6B_1406/2019](#) vom 19. Mai 2020, publiziert als [BGE 146 IV 258](#)

Sachgebiet: Straftaten

Gericht: Bundesgericht

Spruchkörper: Strafrechtliche Abteilung

dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

Strafbarkeit beim simulierten Geschäftsübertragungsvertrag

Autor / Autorin

Michael Kündig, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In BGE 146 IV 258 entschied das Bundesgericht, dass sich die Parteien eines zwecks Täuschung eines Dritten simulierten Geschäftsübertragungsvertrags nicht der Falschbeurkundung (Art. 251 Ziff. 1 StGB) strafbar machen.

Sachverhalt

[1] Im Sommer 2009 erwarben die Ehegatten B die Snack-Bar C (nachfolgend: Snack-Bar) und betrieben diese gemeinsam bis zu ihrer Trennung am 24. Juni 2014. Am 5. Januar 2015 wurde die Snack-Bar unter dem Namen von B.B (nachfolgend: Verkäufer) als Einzelunternehmen in das Handelsregister eingetragen (Sachverhalt Teil B.a).

[2] Mit Vertrag vom 3. März 2016 (nachfolgend: Vertrag) verkaufte der Verkäufer die Snack-Bar mit ihrer kompletten technischen Infrastruktur, namentlich einschliesslich des Mobiliars, verschiedener Geräte, der Armaturen, der Lüftungssysteme, des Getränkekühlschranks sowie der Tische und Stühle, an A (Beschwerdeführer, nachfolgend: Käufer). Der Vertrag wurde auf Verlangen des Verkäufers von seiner Treuhänderin erstellt. Der Kaufpreis für die Snack-Bar betrug laut Vertrag CHF 10'000 exkl. MwSt. Der tatsächlich zwischen den Parteien vereinbarte Kaufpreis betrug indes CHF 150'000 (Sachverhalt Teil B.b).

[3] Am 25. April 2016 stellte F.B, die Ehefrau des Verkäufers (nachfolgend: Ehefrau), Strafantrag gegen den Verkäufer. Darin warf sie dem Verkäufer vor, die Snack-Bar ohne ihre Zustimmung verkauft zu haben, obwohl sie Miteigentümerin des Mobiliars und der Ausstattung gewesen sei, und zwar für den Kaufpreis von CHF 150'000, obschon der bekanntgegebene Kaufpreis CHF 10'000 betragen habe (Sachverhalt Teil B.c).

[4] Mit Urteil vom 18. März 2019 sprach das Polizeigericht Littoral und Val-de-Travers den Verkäufer der Veruntreuung, der Urkundenfälschung und der Vernachlässigung von Unterhaltungspflichten schuldig. Das Polizeigericht sprach auch den Käufer der Urkundenfälschung schuldig, sprach ihn jedoch vom Vorwurf der Veruntreuung und des Betrugs frei. Es verurteilte den Käufer, u.a. CHF 20'000 im Hinblick auf die güterrechtliche Auseinandersetzung der Ehegatten B auf ein Sperrkonto des Regionalgerichts Littoral und Val-de-Travers zu

zahlen (Sachverhalt Teil A).

[5] Mit Urteil vom 29. Oktober 2019 hiess das Kantonsgericht Neuenburg die vom Käufer gegen das Urteil des Polizeigerichts erhobene Berufung teilweise gut und hob das Urteil des Polizeigerichts insoweit auf, als es den Käufer verurteilte, den Betrag von CHF 20'000 auf ein anderes Sperrkonto zu überweisen. Im Übrigen bestätigte das Kantonsgericht das vorinstanzliche Urteil (Sachverhalt Teil B Ingress).

[6] Gegen das Urteil des Kantonsgerichts Neuenburg reichte der Käufer Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht ein. Er beantragte u.a., das vorinstanzliche Urteil sei dahingehend anzupassen, dass er vom Vorwurf der Urkundenfälschung freigesprochen werde. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück (Sachverhalt Teil C sowie E. 1.3 und 3).

Erwägungen

[7] Der Käufer rügte, dass die unrichtige Angabe des Kaufpreises im Vertrag nicht als Falschbeurkundung zu qualifizieren sei. Da dem Vertrag keine erhöhte Glaubwürdigkeit zukomme, gelte er als eine einfache schriftliche Lüge, die nicht strafbar sei (E. 1 Ingress).

[8] Einem Vertrag, dessen Inhalt nicht mit dem wirklichen Sachverhalt übereinstimme, komme nach gefestigter Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt der Falschbeurkundung (Art. 251 Ziff. 1 [StGB](#)) grundsätzlich kein Urkundencharakter zu, da er nicht die erforderliche erhöhte Glaubwürdigkeit geniesse. Denn ein solcher Vertrag beweise lediglich, dass zwei Personen übereinstimmend eine bestimmte Willenserklärung abgegeben hätten, nicht aber, dass diese Erklärungen auch dem wirklichen Willen der Vertragsparteien entsprächen. Insbesondere beweise ein solcher Vertrag nicht, dass Willensmängel bei den Vertragsparteien auszuschliessen seien und dass keine Simulation vorliege. Nur wenn besondere Garantien dafür vorlägen, dass die von den Vertragsparteien abgegebenen übereinstimmenden Willenserklärungen deren wirklichem Willen entsprächen, könne einem in einfacher Schriftform verfassten Vertrag unter dem Gesichtspunkt der Falschbeurkundung Urkundencharakter zukommen (E. 1.1.1).

[9] Der Kaufpreis der Snack-Bar sei im Vertrag fälschlicherweise mit CHF 10'000 angegeben worden, obwohl der tatsächliche Kaufpreis CHF 150'000 betragen habe. Es liege demnach ein Schriftstück vor, bei dem der wirkliche Autor mit dem daraus ersichtlichen Autor identisch sei, aber der wirkliche und der darin enthaltene Sachverhalt nicht übereinstimmten. Es sei deshalb zu prüfen, ob dem Vertrag eine besondere Wahrheitsgarantie (*garantie de véracité particulière*) zukomme und falls ja, ob eine Falschbeurkundung vorliege (E. 1.2 Ingress).

[10] Der Vorinstanz zufolge habe der Verkäufer mit der Festlegung des falschen Kaufpreises, der weit unter dem tatsächlichen Kaufpreis lag, den Zweck verfolgt, seine Ehefrau im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu täuschen. Der Verkäufer habe den Vertrag durch seinen Vertreter erstellen lassen, um im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu argumentieren, dass der Erlös aus dem Verkauf des Betriebs lediglich CHF 10'000 betragen habe und dieser Betrag demnach bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung berücksichtigt werden müsse. Gemäss Vorinstanz habe der Rechtsvertreter des Verkäufers zudem darauf hingewiesen, dass der Vertrag von der Treuhänderin des Ehemannes erstellt worden sei. Dem Vertrag komme deshalb die von der Rechtsprechung geforderte erhöhte Glaubwürdigkeit zu und er sei geeignet gewesen, die Ehefrau zu täuschen, selbst wenn sie misstrauisch gewesen wäre (E. 1.2.1).

[11] Die Vorinstanz sei zum Schluss gelangt, dass der Tatbestand der Falschbeurkundung im Zusammenhang mit dem Vertrag erfüllt sei. Zwecks Begründung habe sie unter Bezugnahme auf einen Teil der Lehre zwei Beispiele von Verträgen angeführt, denen eine erhöhte Glaubwürdigkeit (*valeur probante accrue*) zukomme. Es handle sich einerseits um einen simulierten Vertrag zwecks Kreditbeschaffung und andererseits um einen Vertrag, der zwecks Täuschung eines Dritten, der den Vertrag als Beweismittel ansah, erstellt wurde. Bezüglich des ersten Falls habe das Bundesgericht in BGE [123 IV 61](#) entschieden, dass die Erstellung und Verwendung eines simulierten Vertrags zum Zwecke der Kreditbeschaffung den Tatbestand der Falschbeurkundung nicht erfülle. Der zweite Fall werde von einem Vertreter der Lehre erwähnt, dem zufolge ein solcher Fall wie nach der französischen Rechtsauffassung «als Falschbeurkundung qualifiziert werden müsse» (E. 1.2.1).

[12] Ein in einfacher Schriftform geschlossener Kaufvertrag mit unwahrem Inhalt könne mangels erhöhter Glaubwürdigkeit grundsätzlich nicht Gegenstand einer Falschbeurkundung sein, sofern keine besonderen Garantien dafür bestünden, dass die übereinstimmend abgegebenen Willenserklärungen dem wirklichen Willen der Vertragsparteien entsprächen (E. 1.2.2).

[13] Im vorliegenden Fall sei unklar, welche objektiven Garantien – die sich aus dem Gesetz oder den Handelsbräuchen ergeben – Dritten, insbesondere der Ehefrau, die Wahrheit des Vertragsinhalts zugesichert haben sollen. Der Vertrag sei in einfacher Schriftform auf neutralem Papier verfasst worden und habe nur die Namen und Unterschriften des Käufers und des Verkäufers enthalten. Der Käufer und der Verkäufer – die einzigen Unterzeichnenden des Vertrags – hätten sich jedoch im Verhältnis zur geschädigten Ehefrau nicht in einer garantenähnlichen Stellung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung befunden, wie z.B. ein Arzt gegenüber der Versicherung oder der leitende Angestellte einer Bankfiliale gegenüber den Bankkunden.

[14] Die Tatsache, dass der Vertrag von der Treuhänderin des Verkäufers erstellt und dies der Ehefrau vom Rechtsvertreter des Ehemannes mitgeteilt wurde, stelle – entgegen dem, was die Vorinstanz anzunehmen scheine – keine Garantie dafür dar, dass die übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien des Vertrags ihrem tatsächlichen Willen entsprochen hätten. Insbesondere habe die Treuhänderin, die offenbar vom Verkäufer beauftragt worden sei, keine aus dem Gesetz oder aus ihren vertraglichen Verpflichtungen resultierende Prüfungspflicht im Sinne der zitierten Rechtsprechung getroffen. Diesbezüglich gehe aus dem Urteil der Vorinstanz hervor, dass es die Parteien des Vertrags gewesen seien, die der Treuhänderin mitgeteilt hätten, dass der Kaufpreis CHF 10'000 betrage und dass sie die Treuhänderin nicht um eine Schätzung des Werts der Snack-Bar gebeten hätten, weshalb diese eine solche Schätzung nicht vorgenommen habe. Aus diesem Grund reiche die Tatsache, dass das Schriftstück von der Treuhänderin des Verkäufers erstellt worden sei, nicht aus, um dem Vertrag die von der Rechtsprechung geforderte erhöhte Glaubwürdigkeit zuzuerkennen (E. 1.2.4).

[15] Schliesslich bleibe noch zu klären, ob die Tatsache, dass der Vertrag dazu dienen sollte, die Ehefrau im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu täuschen, ausreiche, um eine Falschbeurkundung anzunehmen wie es die Vorinstanz angenommen habe. Diese Argumentation der Vorinstanz scheine auf einer von einem Teil der Lehre vertretenen Rechtsauffassung der Falschbeurkundung zu beruhen. Nach dieser Lehrmeinung solle man sich, um festzustellen, ob ein Schriftstück beweiskräftig sei, in die Lage des vorgesehenen Empfängers versetzen und sich nicht auf die Situation des Verfassers fixieren, der eine Quasigarantenstellung inne habe. Gemäss dieser Lehrmeinung sei das Schriftstück objektiv zu prüfen und anschliessend zu bestimmen, ob der vorgesehene Empfänger vernünftigerweise und ohne Unvorsichtigkeit zum Schluss kommen müsse, dass die Tatsache bewiesen sei und er keine weiteren Überprüfungsmaßnahmen vornehmen müsse (E. 1.2.5).

[16] Ein Teil der Lehre sei der Auffassung, dass BGE [138 IV 130](#) die Strafbarkeit der Falschbeurkundung im Sinne der erwähnten Rechtsauffassung erweitere. In mehreren neueren Urteilen, die nach BGE [138 IV 130](#) gefällt worden seien, habe sich das Bundesgericht mit der Frage befasst, ob Verträge Gegenstand einer Falschbeurkundung seien. So habe das Bundesgericht z.B. entschieden, dass einem simulierten Arbeitsvertrag, der zur Erlangung einer Aufenthaltsbewilligung erstellt worden sei, keine erhöhte Glaubwürdigkeit zukomme, und damit seine Rechtsprechung bestätigt. Das Bundesgericht habe zudem entschieden, dass das Verfassen von Verträgen, mit denen die Steuerbehörde von der Existenz von Darlehen überzeugt werden sollte, keine Falschbeurkundung darstelle; das Bundesgericht habe die Auffassung vertreten, die in BGE [138 IV 130](#) entwickelte Rechtsprechung sei auf die strittigen Verträge nicht anwendbar, da weder festgestellt worden sei, dass sie in die Buchhaltung der Empfängerin integriert wurden, noch dass sie zu diesem Zweck geschaffen worden seien. In einem anderen kürzlich ergangenen Urteil habe das Bundesgericht entschieden, dass einem inhaltlich unwahren Geschäftsübertragungsvertrag, der einem Vertreter des Vermieters vorgelegt wurde, um die Übertragung des Mietverhältnisses zu ermöglichen, mangels erhöhter Glaubwürdigkeit unter dem Gesichtspunkt der Falschbeurkundung kein Urkundencharakter im Sinne von Art. 251 StGB zukomme (E. 1.2.6).

[17] Folglich habe die Rechtsprechung die Tragweite von BGE [138 IV 130](#) nicht erweitert und die Theorie des alleinigen Empfängers für den Straftatbestand der Falschbeurkundung nicht anerkannt. Es gebe im vorliegenden Fall also keinen Grund, von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu simulierten Verträgen abzuweichen. Folglich könne man aufgrund der blossen Tatsache, dass der Vertrag zwecks Verwendung im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung mit der Ehefrau erstellt worden sei, ungeachtet seines simulierten

Charakters nicht folgern, dass es sich um eine Falschbeurkundung gehandelt habe (E. 1.2.7).

[18] Dem Vertrag sei folglich mangels erhöhter Glaubwürdigkeit unter dem Gesichtspunkt der Falschbeurkundung kein Urkundencharakter im Sinne von Art. 251 StGB zugekommen. Aus diesem Grund müsse die Berufung gutgeheissen und das angefochtene Urteil aufgehoben werden (E. 1.3).

Kurzkommentar

[19] Dem vorliegenden Entscheid lag ein simulierter Geschäftsübertragungsvertrag zugrunde. Die Treuhänderin des Verkäufers hatte den Geschäftsübertragungsvertrag erstellt, was der Ehefrau des Verkäufers bekannt war. Die Parteien legten darin einen Kaufpreis fest, der weit unter dem tatsächlich vereinbarten Kaufpreis lag. Der Verkäufer wollte damit seine Ehefrau bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung über seine Vermögensverhältnisse täuschen.

[20] Das Bundesgericht hatte zu entscheiden, ob sich der Verkäufer und der Käufer der Falschbeurkundung (Art. 251 Ziff. 1 StGB) strafbar gemacht haben. Es verneinte diese Frage und bestätigte seine seit BGE [117 IV 35](#) E. 1d S. 39 ergangene, restriktivere Rechtsprechung zur Falschbeurkundung bzw. zur Abgrenzung der Falschbeurkundung von der schriftlichen Lüge (Rz. 21–22). Für die M&A-Praxis ist dieser strafrechtliche Entscheid insofern interessant, als das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Falschbeurkundung bezüglich simulierter Verträge präzisiert und den Rechtsunterworfenen Rückschlüsse erlaubt, wann der Tatbestand der Falschbeurkundung in M&A-Transaktionen erfüllt sein kann (Rz. 23–25; für ein anderes für die M&A Praxis bedeutendes Strafurteil vgl. Urteil des Bundesgerichts [6B 918/2018](#) vom 24. April 2019 [besprochen von SOPHIE REGENFUSS/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Anwendung der Wucherstrafnorm auf eine M&A-Transaktion](#), in: dRSK, publiziert am 23. September 2019]).

[21] Die Erfüllung des Straftatbestands der Falschbeurkundung setzt gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung u.a. voraus, dass ein Schriftstück glaubwürdiger als eine gewöhnliche schriftliche Erklärung ist. Ein Schriftstück genießt erhöhte Glaubwürdigkeit, wenn allgemeingültige, objektive Garantien die Wahrheit der Erklärung gegenüber Dritten gewährleisten (z.B. BGE [142 IV 119](#) E. 2.1 S. 121; BGE [117 IV 35](#) E. 1d S. 39; STEFAN TRECHSEL/LORENZ ERNI, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth [Hrsg.], Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 251 StGB N 9). So können z.B. die öffentliche Beurkundung eines Schriftstücks oder Gesetzesbestimmungen den Wahrheitsgehalt einer Erklärung objektiv garantieren (BGE [141 IV 369](#) E. 7.1 S. 376; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS, Unwahre Angaben in Formular A als Falschbeurkundung?, in: Bertrand Perrin/Patricia Meylan/Gerhard Fiolka/Marcel Alexander Niggli/Christof Riedo [Hrsg.], Droit pénal et criminologie. Mélanges en l'honneur de Nicolas Queloz, Basel 2020, S. 181 ff., S. 184 [Anm. 9]). Weiter kann die besonders vertrauenswürdige, *garantenähnliche Stellung* des Ausstellers die Wahrheit einer Erklärung objektiv garantieren (BGE [138 IV 130](#) E. 2.2.1 S. 135; für eine Übersicht über die Kasuistik vgl. MARKUS BOOG, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2018, Art. 251 StGB N 102 f.).

[22] Das Bundesgericht kam anders als die Vorinstanz (vgl. Rz. 23) im Ergebnis richtigerweise zum Schluss, dass keine besonderen objektiven Garantien existierten. Denn die Treuhänderin, die vom Verkäufer mit der Ausarbeitung des Geschäftsübertragungsvertrags beauftragt worden war, traf laut Bundesgericht keine gesetzliche oder vertragliche Prüfungspflicht, insbesondere war sie nicht mit der Schätzung des Werts des Betriebs beauftragt worden (vgl. E. 1.2.4). Inwiefern vertragliche Prüfungspflichten in der vorliegenden Dreieckskonstellation eine Rolle gespielt hätten, ist unklar, da das Bundesgericht die Lehrmeinung von BERNARD CORBOZ und PIERRE FERRARI verwarf (vgl. Rz. 23). Das Bundesgericht wollte damit wohl ausdrücken, dass die Treuhänderin – wie auch der Verkäufer und der Käufer – keine *garantenähnliche Stellung* im Verhältnis zur Ehefrau innegehabt hat. Zu Recht erblickte daher das Bundesgericht im Umstand, dass der Verkäufer den Vertrag einzig zwecks Täuschung der Ehefrau bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung erstellen liess, kein strafbares Verhalten unter dem Titel der Falschbeurkundung.

[23] Die Vorinstanz hingegen sprach dem Vertrag erhöhte Glaubwürdigkeit zu, weil (i) der Verkäufer den Vertrag durch seine Treuhänderin erstellen liess, um seine Ehefrau bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung über seine Vermögensverhältnisse zu täuschen und (ii) der Vertrag geeignet war, die Ehefrau zu täuschen, selbst wenn

sie misstrauisch gewesen wäre (vgl. E. 1.2.1). Die Vorinstanz stützte sich dabei auf BERNARD CORBOZ und PIERRE FERRARI. Gemäss diesen Autoren ist zu prüfen, ob ein vorsichtiger Empfänger – objektiv betrachtet – vernünftigerweise zum Schluss kommen darf, dass die Tatsache bewiesen ist und er das Schriftstück nicht weiter überprüfen muss (vgl. BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Band II, 3. Aufl., Bern 2010, Art. 251 StGB Rz. 142 ff.; BERNARD CORBOZ, *Le faux dans les titres*, ZBJV 1995, S. 534 ff., S. 572; PIERRE FERRARI, *La constatation fausse – le mensonge écrit*, ZStrR 1994, S. 153 ff., S. 167). Laut dieser Lehrmeinung kann dieses Erfordernis namentlich bei Dreiecksbeziehungen erfüllt sein, wenn die Erklärung von einem unbeteiligten Dritten und nicht vom direkten Vertragspartner stammt (vgl. BSK StGB II-BOOG, a.a.O., Art. 251 StGB N 104).

[24] Im Nachgang zu BGE [138 IV 130](#) vertrat z.B. DANIEL KINZER die Auffassung, dass das Bundesgericht sich dieser Lehrmeinung (Rz. 23) angeschlossen und den Straftatbestand der Falschbeurkundung ausgeweitet habe (DANIEL KINZER, in: Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz [Hrsg.], *Commentaire romand, Code pénal II*, Basel 2017, Art. 251 StGB N 84). Im vorliegenden Entscheid verneinte das Bundesgericht, dass es seine Rechtsprechung ausgeweitet habe, und verwarf ausdrücklich diese Lehrmeinung. Dieser Entscheid ist zu begrüssen (vgl. auch HANS VEST, *Probleme des Urkundenstrafrechts*, AJP 2003, S. 883 ff., S. 885; GÜNTHER STRATENWERTH, *Die Falschbeurkundung in der neueren Praxis des Bundesgerichts*, recht 1998, S. 166 ff., S. 172; a.M. MARION CHAUTARD, [Le contrat de vente simulé pour tromper un tiers et l'infraction de faux dans les titres](#), LawInside vom 6. Juni 2020). Die Anerkennung einer neuen Fallgruppe hätte nur zusätzliche Unsicherheiten geschaffen und unnötig weiteres Verhalten pönalisiert (vgl. auch MARKUS VISCHER, *Der Einsatz des Strafrechts im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf*, in: Anna Böhme/Fabian Gähwiler/Fabiana Theus Simoni/Ivo Zuberbühler [Hrsg.], *Ohne jegliche Haftung. Festschrift für Willi Fischer*, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 541 ff., S. 553 f., und DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Anwendung des Strafrechts auf M&A-Transaktionen?](#), in: dRSK, publiziert am 8. Januar 2016, die sich für eine restriktive Anwendung des Strafrechts auf privatrechtliche Verträge aussprechen).

[25] Simulierte *M&A-Verträge* können aufgrund des vorliegenden Entscheids nur ausnahmsweise Gegenstand einer Falschbeurkundung sein. Hierfür bedarf es einer besonderen Garantie, dass ein Vertragspunkt (z.B. Kaufpreis oder Zusicherung) dem wirklichen Willen der Parteien entspricht:

- *Öffentliche Beurkundung des M&A-Vertrags*. Alle Tatsachen, welche die Urkundsperson überprüft und als richtig bescheinigt, sind erhöht glaubwürdig (vgl. Art. 9 Abs. 1 [ZGB](#); BSK StGB II-BOOG, a.a.O., Art. 251 StGB N 85; STEPHAN WOLF, in: *Berner Kommentar*, Bern 2012, Art. 9 ZGB N 48). Erfüllt ein Vertragspunkt in einem öffentlich beurkundeten M&A-Vertrag diese Voraussetzungen und ist er unwahr, kann eine Falschbeurkundung vorliegen. Da viele M&A-Verträge nicht öffentlich beurkundet werden, dürfte die Fallgruppe «öffentliche Beurkundung» jedoch nur eine untergeordnete Rolle spielen. Immerhin kann eine Falschbeurkundung z.B. bezüglich folgenden, öffentlich beurkundeten Verträgen vorliegen: (i) Stammanteilkaufvertrag (vgl. zu altrechtlichen Statutenbestimmungen, welche die öffentliche Beurkundung von Stammanteilkaufverträgen vorschreiben: ALWIN KELLER/GION JEGHER/DAVID VASELLA, in: Heinrich Honsell [Hrsg.], *Kurzkommentar, Obligationenrecht*, Basel 2014, Art. 785 OR N 1), (ii) Sacheinlagevertrag (Art. 628 Abs. 1 [OR](#)), (iii) Vermögensübertragungsvertrag (Art. 70 Abs. 2 Satz 2 [FusG](#)) oder (iv) Aktionärbindungsvertrag (ABV), der im Rahmen der Nachfolgeplanung abgeschlossen wird (siehe zum ABV als Instrument der Nachfolgeplanung z.B. MARKUS VISCHER, *Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der Nachfolgeplanung [bei Aktiengesellschaften]*, *successio* 2020, S. 4 ff.).
- *Zur Wahrheit verpflichtende Gesetzesbestimmungen*. Es muss durch Auslegung ermittelt werden, ob eine Gesetzesbestimmung die Rechtsunterworfenen zur Wahrheit verpflichtet (BGE [119 IV 289](#) E. 4c S. 296; BSK StGB II-BOOG, a.a.O., Art. 251 StGB N 86) und deshalb gewisse Erklärungen in einem M&A-Vertrag erhöht glaubwürdig sind. So verpflichten z.B. Art. 957 ff. OR zur Wahrheit, weshalb die Buchführung und ihre Bestandteile erhöht glaubwürdig sind (BGE [141 IV 369](#) E. 7.1 S. 376; NIGGLI/MUSKENS, a.a.O., S. 184 [Anm. 9]). Als Bestandteile der Buchführung gelten u.a. Buchungsbelege und damit alle Aufzeichnungen, die notwendig sind, um den einer Buchung zugrunde liegenden Geschäftsvorfall nachvollziehen zu können (Art. 957a Abs. 3 OR). Aus diesem Grund können Verträge unter Umständen als Buchungsbelege gelten (PETER BÖCKLI, *OR-Rechnungslegung*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 89; vgl. betreffend simulierte Darlehensverträge als Buchhaltungsbelege: Urteil des Bundesgerichts [6B 578/2013](#) vom 13. Januar 2014 E. 4). Selbst wenn ein M&A-Vertrag als Beleg im Sinne von Art. 957a Abs. 3 OR gilt, kann der

Straftatbestand der Falschbeurkundung nur erfüllt werden, wenn der M&A-Vertrag (i) inhaltlich unwahr ist und (ii) objektiv sowie subjektiv für die Buchhaltung der Adressatin bestimmt ist (BGE [138 IV 130](#) E. 2.3 S. 136), z.B. um diese zu verfälschen. Weiter können u.U. auch Bestimmungen im Kartellgesetz oder in Steuergesetzen zur Wahrheit verpflichten und daher im hier interessierenden Kontext bedeutsam sein.

- *Garantenähnliche Stellung des Erklärenden.* Eine Person hat eine garantenähnliche Stellung inne, wenn sie in einem besonderen Vertrauensverhältnis zum Empfänger steht (z.B. BGE [144 IV 13](#) E. 2.2.3 S. 15; kritisch: NIGGLI/MUSKENS, a.a.O., S. 188 [Anm. 19]; VEST, a.a.O., S. 885; STRATENWERTH, a.a.O., S. 171 f.). Bei dieser Fallgruppe steht folglich der Erklärende und nicht die Erklärung im Fokus. Wann eine «garantenähnliche Stellung» vorliegt, ist unklar und muss vom Gericht im Einzelfall durch Würdigung der Umstände ermittelt werden (vgl. VEST, a.a.O., S. 885). Aufgrund dieser Einzelfallbeurteilung ist es schwierig, abstrakt zu bestimmen, wann dieses Kriterium bei einem M&A-Vertrag erfüllt ist. In der Regel dürfte keiner Partei eines M&A-Vertrags im Verhältnis zur anderen Partei eine garantenähnliche Stellung zukommen (vgl. BSK StGB II-BOOG, a.a.O., Art. 251 StGB N 102 f. m.H. auf die Rechtsprechung), die z.B. mit jener eines bauleitenden Architekten gegenüber dem Bauherrn vergleichbar ist (BGE [119 IV 54](#) E. 2d S. 58 f.). Ziehen die Parteien bei oder im Zusammenhang mit der Erstellung des M&A-Vertrags einen Berater (z.B. Rechtsanwalt, Revisor, Steuerexperten, Wirtschaftsprüfer oder Treuhänder) bei, damit dieser eine Sach- oder Rechtslage bestätigt, kann dieser Berater eine garantenähnliche Stellung innehaben (vgl. E. 1.2.4). Deshalb kann ein unwahrer Vertragspunkt im M&A-Vertrag Gegenstand einer Falschbeurkundung sein, wenn der Berater die fragliche Vertragsklausel verfasst hat oder die Vertragsklausel z.B. das (Schieds-)Gutachten oder die Legal Opinion des Beraters referenziert. Erstellt ein Anwalt daher den M&A-Vertrag, dürfte eine Vertragsklausel nicht Gegenstand einer Falschbeurkundung sein, wenn der Anwalt darin lediglich die Parteivereinbarung abbildet.

MLaw MICHAEL KÜNDIG, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Zitiervorschlag: Michael Kündig / Dario Galli / Markus Vischer, Strafbarkeit beim simulierten Geschäftsübertragungsvertrag, in: dRSK, publiziert am 30. März 2021

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

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

weblaw.ch