

Kommentar zu: Urteil: [6B_85/2021](#) vom 26. November 2021
Sachgebiet: Straftaten
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: Strafrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

Nochmals zu Zessionserklärungen in GV-Protokollen

Autor / Autorin

Michael Kündig, Dario Galli, Markus Vischer

walderwys

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil [6B_85/2021](#) vom 26. November 2021 bestätigte das Bundesgericht unter anderem den Schuldspruch wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 StGB). Der Beschuldigte hatte behauptet, seine Handlungen (d.h. Vermögensdispositionen) seien nicht strafbar, weil er im fraglichen Zeitraum Alleinaktionär gewesen sei bzw. der Anzeigsteller gar nicht das Eigentum an den Aktien erworben habe. Das Bundesgericht bejahte das Vorliegen einer gültigen Zessionserklärung in einem vom Beschuldigten (als Zedent) unterzeichneten GV-Protokoll. Dieses Urteil reiht sich in eine Serie von Urteilen ein, die sich mit der Frage beschäftigen, ob in einem GV-Protokoll eine Zessionserklärung erblickt werden kann.

Sachverhalt

[1] C (Beschwerdeführer, nachfolgend: Beschuldiger) gründete die B AG (nachfolgend: Gesellschaft) am 13. Dezember 1989 unter anderem zusammen mit S (Sachverhalt Teil A.a). Das Aktienkapital der Gesellschaft betrug ursprünglich CHF 400'000, eingeteilt in 4'000 Namenaktien zu nominal CHF 100. Es wurden mehrere Aktienzertifikate ausgestellt, wobei 2'000 Namenaktien auf den Beschuldigten (Aktienzertifikat Nr. 1) und 1'600 Namenaktien auf S (Aktienzertifikat Nr. 4) entfielen (E. 14.2.1).

[2] Die Gesellschaft schloss (unter anderem vertreten durch den Beschuldigten) am 2. September 1996 mit G (nachfolgend: Anzeigsteller) einen Aktienkaufvertrag (nachfolgend: Aktienkaufvertrag), worin sich die Gesellschaft verpflichtete, 10% ihrer Aktien an den Anzeigsteller weiterzuverkaufen, «sobald die Transaktion mit Herrn S über den Verkauf seines Aktienanteils an der [Gesellschaft] vollzogen ist». Gemäss Aktienkaufvertrag verpflichtete sich der Anzeigsteller dazu, die Aktien sofort zu übernehmen und bis spätestens Ende Jahr vollumfänglich zu bezahlen (E. 14.2.1). Am 16. September 1996 demissionierte S und veräusserte gemäss Vorinstanz seine 1'600 Aktien nicht an die Gesellschaft, sondern an den Beschuldigten, der neu das Verwaltungsratspräsidium übernahm (Sachverhalt Teil A.a und E. 14.2.1).

[3] Der Anzeigsteller zahlte den vereinbarten Kaufpreis von CHF 50'000 am 24. Januar 1997 an die Gesellschaft (E. 14.2.1). Der Beschuldigte war vom 20. Mai 1997 bis 10. August 1998, als er H für den Verwaltungsrat gewann, alleiniges Mitglied des Verwaltungsrates. Am 25. Oktober 2002 übernahm A (Parallelverfahren [6B_1208/2020](#)) den Verwaltungsratsstz von H. Der Beschuldigte trat aus dem Verwaltungsrat der Gesellschaft aus und fungierte fortan nur noch als Geschäftsführer der Gesellschaft (Sachverhalt Teil A.a).

[4] Die 4'000 Namenaktien wurden am 25. September 1997 in 400 Inhaberaktien zu CHF 1'000 umgewandelt. Am 16. Dezember 1997 erfolgte eine Herabsetzung des Aktienkapitals der Gesellschaft auf CHF 200'000 (E. 14.2.1).

[5] Am 26. Mai 1998 eröffnete das Bezirksgericht Liestal den Konkurs über die I AG, die bis zu diesem Zeitpunkt die Zeitschrift «K» herausgegeben hatte. Noch vor Konkurseröffnung gründete die Gesellschaft die Tochtergesellschaft

M GmbH, die anschliessend im Einverständnis mit der I AG eine Doppelnummer der Zeitschrift «K» herausgab (Sachverhalt Teil A.a).

[6] Am 16. Juli 1998 liess der Beschuldigte aus der Konkursmasse der I AG durch H im Namen der unter anderem vom Beschuldigten gegründeten J GmbH, die zur Verschleierung der Eigentümerschaft vorgeschoben worden war, die Rechte an der Zeitschrift «K» ersteigern. Die J GmbH verkaufte die Rechte mit Datum vom 20. Juli 1998 an den Beschuldigten persönlich weiter, wobei der Verkaufsvertrag erst im Jahr 2000 erstellt und rückdatiert wurde (Sachverhalt Teil A.a).

[7] Im Dezember 2003 veräusserte der Beschuldigte die Rechte an der Zeitschrift «K» an die für ihn gegründete L Ltd. mit Sitz auf der britischen Kanalinsel Alderney für CHF 750'000. Die Zeitschrift «K» wurde vom 20. Juli 1998 bis 22. September 2000 von der M GmbH, an der die Gesellschaft beteiligt war, und danach von dieser selbst herausgegeben. Der Beschuldigte bezog hiefür von der M GmbH und der Gesellschaft – auch über seine L Ltd. – Franchisinggebühren. Per 1. Januar 2009 übertrug der Beschuldigte die Zeitschrift «K» auf die am 12. September 2008 von A treuhänderisch für den Beschuldigten gegründete N AG (Sachverhalt Teil A.a).

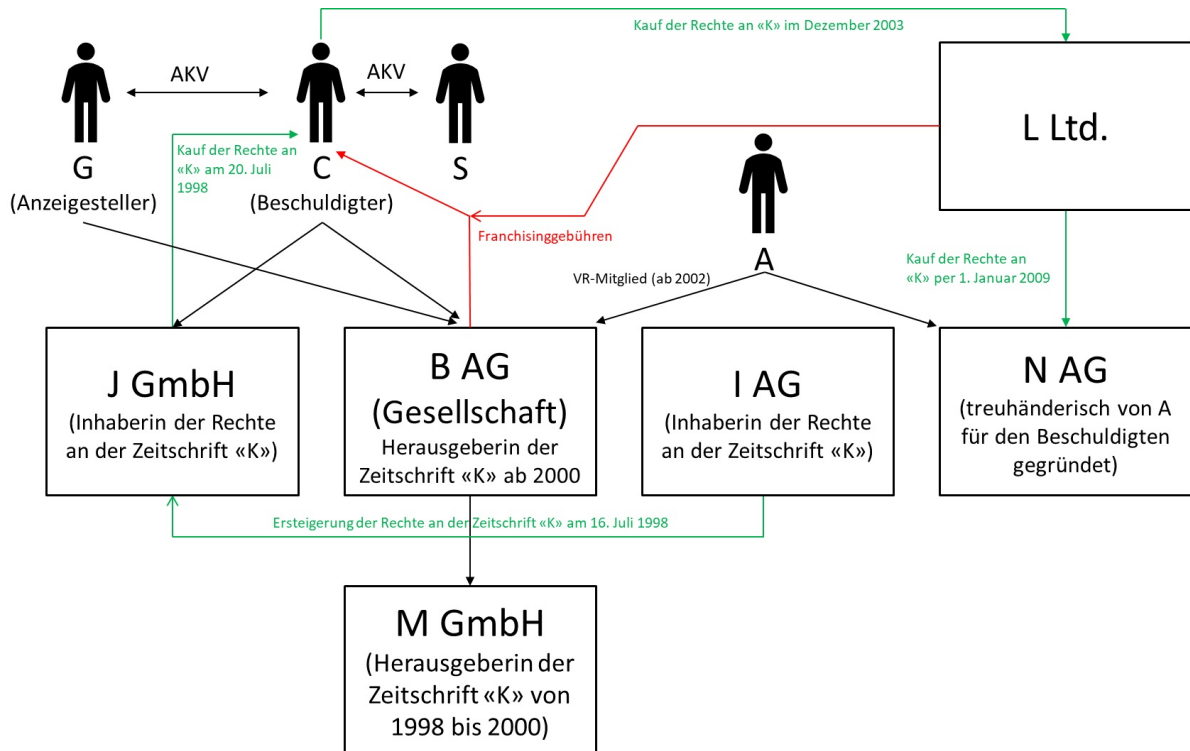
[8] Die Staatsanwaltschaft Basel-Stadt eröffnete im Frühjahr 2010 unter anderem gegen den Beschuldigten ein Strafverfahren. Sie wirft dem Beschuldigten im Wesentlichen vor, er habe sich der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung zum Nachteil der Gesellschaft durch Abschöpfung nicht geschuldeter Nutzungsgebühren, Einbehaltung von Retrozessionen und Aushöhlung der Gesellschaft durch den Verkauf von Aktiven und Passiven der Gesellschaft zu einem viel zu tiefen Preis schuldig gemacht. Darüber hinaus wirft sie ihm im selben Kontext die Begehung verschiedener Urkunden- und Steuerdelikte vor (Sachverhalt Teil A.b).

[9] Der Verwaltungsrat der Gesellschaft aberkannte anlässlich einer Generalversammlung (GV) vom 25. Oktober 2012 dem Anzeigsteller die Rechte als Aktionär rückwirkend auf das Jahr 1996 (E. 14.2.1).

[10] Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt sprach den Beschuldigten mit Urteil vom 3. September 2020 der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung mit Bereicherungsabsicht, der mehrfachen Urkundenfälschung, des mehrfachen Vergehens gegen das DBG und des mehrfachen Vergehens gegen das Gesetz über die direkten Steuern des Kantons Basel-Stadt schuldig (Sachverhalt Teil B.c).[1]

[11] Der Beschuldigte führte Beschwerde in Strafsachen, mit der er beantragte, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und er sei von allen Vorwürfen vollumfänglich freizusprechen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 24).

[12] Der Sachverhalt lässt sich grafisch vereinfacht wie folgt darstellen:



Erwägungen

[13] Der Beschuldigte rügte vor Bundesgericht zahlreiche Rechtsverletzungen, unter anderem wendete er sich gegen den Schluss der Vorinstanz, wonach der Anzeigsteller 1997 Aktionär der Gesellschaft gewesen sei. Bei willkürfreier Würdigung der Beweismittel und bei korrekter Anwendung der rechtlichen Vorgaben müsse zumindest «in dubio pro

reo» davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte im massgeblichen Tatzeitraum einziger Aktionär der Gesellschaft gewesen sei. Bei dieser Sachlage, d.h. mangels Aktionärsstellung des Anzeigestellers, habe der Beschuldigte sich nicht durch die ihm vorgeworfenen Vermögensdispositionen strafbar machen können (E. 14.1).

[14] Gemäss Vorinstanz habe der Beschuldigte in einem auf den 15. März 1998 datierten Schreiben an die Aktionäre der Gesellschaft ausgeführt, dass das Geld aus der Aktienkapitalherabsetzung an den Anzeigesteller (CHF 20'000) und den Beschuldigten (CHF 180'000) verteilt werde. Laut dem auch vom Beschuldigten unterzeichneten Protokoll der GV vom 10. August 1998 waren der Beschuldigte als Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates («Aktien Nrn. 1–180») und der Anzeigesteller («Aktien Nrn. 181–200») an besagter GV anwesend und damit das gesamte Aktienkapital vertreten. Es sei mithin im Protokoll vom Beschuldigten und vom Protokollführer bestätigt worden, dass der Anzeigesteller als Eigentümer der Aktien Nrn. 181–200 im Aktienbuch eingetragen gewesen sei (E. 14.2.2).

[15] Die Vorinstanz sei zum Schluss gelangt, in Anbetracht der gegebenen Umstände falle die Annahme einer Einpersonen-AG ausser Betracht. Zunächst sei der Abschluss des Aktienkaufvertrags zwischen der Gesellschaft und dem Anzeigesteller betreffend die Übertragung von 10% der Aktien nachgewiesen. Es habe somit ein gültiges Verpflichtungsgeschäft vorgelegen, das die Gesellschaft zur Übertragung von 10% der Aktien an den Anzeigesteller verpflichtet habe. Weiter sei erstellt, dass der Anzeigesteller den Kaufpreis für die Aktien Anfang 1997 an die Gesellschaft überwiesen habe, wobei ihm der Beschuldigte bei der Abwicklung der Zahlung behilflich gewesen sei. Zwar treffe zu, dass keine schriftliche Zessionserklärung bzw. kein Indossament für die Abtretung von Namenaktien vorliege. Doch habe der Beschuldigte durch den Aktienkaufvertrag, die Mitorganisation der Kaufpreiszahlung und die schriftliche Bestätigung vom 15. März 1998 als damals einziges Verwaltungsratsmitglied der Gesellschaft seinen klaren Willen zum Ausdruck gebracht, dass auf den Anzeigesteller 10% der Aktien der Gesellschaft übertragen werden sollten. Die schriftliche Zessionserklärung habe spätestens mit dieser expliziten Zuerkennung der Eigentümerschaft an den Aktien Nrn. 181–200 vorgelegen (vgl. Rz. 14). Der klare Wille zur Übertragung der Aktien ergebe sich auch aus dem vom Beschuldigten und von H unterzeichneten GV-Protokoll vom 10. September (*recte*: August) 1998 (vgl. Rz. 14). Es habe damit bereits im März 1998 kein Zweifel mehr daran bestehen können, dass der Anzeigesteller im Zeitraum, der dem Beschuldigten vorgeworfenen Taten, Aktionär der Gesellschaft gewesen sei. Die Formerfordernisse von Art. 165 Abs. 1 [OR](#) seien für den Zeitraum ab 15. März 1998 belegt. Damit hätten die Vermögensdispositionen zum Nachteil der Gesellschaft direkte Auswirkungen auf das Vermögen des Anzeigestellers als Minderheitsaktionär gehabt (E. 14.2.2).

[16] Zu prüfen sei, ob die Annahme der Vorinstanz, wonach dem Anzeigesteller Aktionärsstellung zugekommen sei, in der Sache vor Bundesrecht standhalte. Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz liegen weder eine schriftliche Zessionserklärung noch ein Indossament für die Abtretung von Namenaktien vor. Die Vorinstanz gelange aber gestützt auf den Aktienkaufvertrag und den Umstand, dass der Beschuldigte dem Anzeigesteller bei der Bereitstellung des Kaufpreises für die Aktien behilflich war und als damals einziges Verwaltungsratsmitglied der Gesellschaft am 15. März 1998 gegenüber den Aktionären der Gesellschaft schriftlich mitgeteilt hatte, dass die Herabsetzung des Aktienkapitals auf CHF 200'000 bewilligt und eingetragen worden sei und dass das Geld im Umfang seines Anteils von 10% am Aktienkapital auf den Anzeigesteller aufgeteilt werde, zum Schluss, dass der Anzeigesteller 10% der Aktien an der Gesellschaft übertragen werden sollten. In Bezug auf die Erklärung vom 15. März 1998 nimmt die Vorinstanz zu Recht an, der Beschuldigte habe darin zum Ausdruck gebracht, dass die Übertragung der Aktien auf den Anzeigesteller erfolgt sei und dessen Stellung als Aktionär in Bezug auf die Aktienkapitalherabsetzung bestätigt worden sei. Jedenfalls sei dieser Schluss nicht schlechterdings unhaltbar. Dasselbe gilt in Bezug auf das sowohl vom Beschuldigten als auch von H als Protokollführer unterzeichnete GV-Protokoll vom 10. August 1998, in dem als anwesender Aktionär auch der Anzeigesteller aufgeführt werde. Dass keine schriftliche Zessionserklärung vorliege, schade entgegen der Auffassung des Beschuldigten nichts. Denn wie die Vorinstanz zu Recht erwäge, könne das GV-Protokoll einer Aktiengesellschaft nach der Rechtsprechung das Schriftformerfordernis für die Zession von Aktien erfüllen, wenn der Übertragungswille des Zedenten zumindest implizit daraus hervorgehe (Urteil des Bundesgerichts [4A_248/2015](#) vom 15. Januar 2016 E. 4). Das sei hier offensichtlich der Fall (E. 14.4.2).

Kurzkomentar

[17] Dieses Strafurteil ist aus M&A-Sicht interessant, weil sich das Bundesgericht wieder einmal dazu geäussert hat, worin überall Zessionserklärungen erblickt werden können.

[18] 2011 hielt das Bundesgericht in allgemeiner Weise fest, dass GV-Protokolle keine an Dritte gerichtete Willenserklärungen enthielten:

«Le procès-verbal de l'assemblée générale de la société anonyme est le document écrit qui relate principalement les décisions prises par cet organe et le résultat des élections [...]. Ce titre n'a ainsi rien à voir avec une convention des parties, dont le juge, le cas échéant, doit s'efforcer de dégager le sens à la lumière des déclarations et comportements émanant de celles-ci.»^[2]

[19] Fünf Jahre später, d.h. 2016, vollzog das Bundesgericht eine Kehrtwende und entschied, dass gültige Zessionserklärungen auch in GV-Beschlüssen enthalten sein können:

«Des procès-verbaux précités, il ressort sans ambiguïté aucune que l'intimée est actionnaire de la société, qu'elle détient une part du capital-actions. A la lecture des procès-verbaux, un tiers ne saurait avoir de doute à ce sujet. Les procès-verbaux satisfont donc aux exigences de sécurité juridique que la forme écrite doit assurer. La volonté du mari de céder une part du capital-actions à l'intimée, son épouse, n'est pas expressément manifestée. Mais elle découle implicitement des procès-verbaux. Dès lors que le mari, actionnaire unique ou nettement majoritaire, signe, serait-ce comme membre du conseil d'administration, un procès-verbal de l'assemblée générale dans lequel il déclare que son épouse détient une partie du capital-actions, son intention de céder ainsi une partie du capital-actions qu'il détient jusqu'alors est manifeste. On ne discerne d'ailleurs pas quelle autre intention il aurait pu vouloir poursuivre par cette déclaration, et la recourante n'en dit mot. Les exigences de forme pour une cession d'actions non incorporées dans un papier-valeur ont été respectées.»^[3]

[20] Nur zweieinhalb Jahre später, d.h. 2018, präzisierte bzw. verschärfte das Bundesgericht seine Praxis und nahm wohl eine Mittelposition^[4] zwischen seinem Urteil von 2011 und jenem von 2016 ein:

«Der Präsident des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin hat das Protokoll der Generalversammlung zwar unterzeichnet. Dieses Protokoll ist ein Beschlussprotokoll, welches die Anträge und Ergebnisse (Stimmenverhältnis und Feststellung des Ergebnisses durch den Vorsitzenden) der Abstimmungen und Wahlen gemäss Art. 702 Abs. 2 OR wiedergibt [...]. Als solches hat es nichts zu tun mit einem Vertrag bzw. entsprechenden Willensäusserungen, die der Richter entsprechend den Umständen auszulegen hätte [...]. [...] Jedenfalls kann aus einer Unterzeichnung durch den Verwaltungsratspräsidenten keine – noch zu interpretierende – Willensäusserung an die Adresse einer nicht anwesenden juristischen Person (der Beschwerdegegnerin) abgeleitet werden.»^[5]

[21] Im referierten Urteil zitierte das Bundesgericht einzig sein 2016er-Urteil (vgl. Rz. 19), ohne sich dabei mit seiner früheren oder späteren Rechtsprechung auseinanderzusetzen. Gestützt auf sein 2016er-Urteil bejaht das Bundesgericht wie zuvor schon die Vorinstanz das Vorliegen einer gültigen Zessionserklärung im GV-Protokoll vom 10. August 1998 (vgl. Rz. 15). Es liesse sich argumentieren, dass vorliegend auch die Voraussetzungen des 2018er-Urteils (vgl. Rz. 20) erfüllt sind. Denn an der GV waren der Beschuldigte (als Zedent) und der Anzeigsteller (als Zessionar) anwesend (vgl. Rz. 14), womit das Erfordernis der gegenseitigen Willenserklärungen erfüllt war.^[6] Zu beachten ist, dass im 2016er-Urteil der Zedent und der Zessionar das GV-Protokoll unterzeichneten. Diese Voraussetzung war *in casu* nicht erfüllt. Allerdings liesse sich diese Voraussetzung in Analogie zum Grundsatz der «halben Schriftlichkeit» vorliegend als erfüllt ansehen, weil der Zedent (d.h. der Beschuldigte) das GV-Protokoll unterzeichnete.^[7]

[22] Die involvierten Gerichte erblickten auch in dem vom Beschuldigten als einzigem VR-Mitglied unterzeichneten Schreiben vom 15. März 1998 eine Zessionserklärung (vgl. Rz. 14 und Rz. 15). Gegen eine Qualifikation dieses Schreibens als Zessionserklärung liesse sich einwenden, dass der Beschuldigte die Erklärung im Namen der Gesellschaft, d.h. in seiner Funktion als VR-Mitglied, und nicht als Privatperson (bzw. Aktionär) abgegeben hat.^[8] Diese Überlegungen lassen sich auch auf GV- und VR-Protokolle übertragen.

[23] Das besprochene Strafurteil reiht sich in eine Serie von Urteilen ein, die sich mit der Frage beschäftigen, ob in einem GV-Protokoll eine Zessionserklärung erblickt werden kann. Da die Aktien an der Gesellschaft offensichtlich nicht *lege artis* übertragen worden waren, bediente sich das Bundesgericht eines Kunstgriffs, um die gültige Eigentumsverschaffung an den Aktien anzunehmen.^[9] Dabei ist das Bundesgericht bis an die äusserste Grenze des Zulässigen gegangen. Bemerkenswert ist auch, dass ein Beschuldigter – soweit ersichtlich – erstmals gegen den Schuldspruch wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 StGB) die fehlende Aktionärsstellung des Minderheitsaktionärs während des fraglichen Zeitraums behauptet und als Verteidigungsmittel genutzt hat.

MLaw MICHAEL KÜNDIG, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

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

[1] Zur vollständigen Prozessgeschichte siehe Sachverhalt Teile B.a und B.b.

[2] Urteil des Bundesgerichts 4A_404/2011 vom 7. November 2011 E. 4.2; zustimmend betreffend VR-Protokolle: PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 3 Rz. 156 «Es enthält keine Willenserklärungen im Verhältnis zu Dritten.»

[3] Urteil des Bundesgerichts [4A_248/2015](#) vom 15. Januar 2016 E. 4.3 (besprochen von ALEXANDRE BOTH, Conditions de validité du transfert d'actions par cession en la forme d'un procès-verbal, GesKR 2016, S. 242 ff.); zustimmend SAMUEL LIEBERHERR/MARKUS VISCHER, Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf, AJP 2016, S. 293 ff., S. 295 «Entsprechend können Zessionen auch in unterzeichneten Verwaltungsratsbeschlüssen oder unterzeichneten Generalversammlungsbeschlüssen enthalten sein, wenn die «richtigen» Personen unterschreiben.»

[4] Die Mittelposition dürfte darin zu erblicken sein, dass der Zessionar bei der GV (oder VR-Sitzung) anwesend sein muss, damit die Willensäußerungen gegenseitig sind (MICHAEL KÜNDIG/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Willenserklärungen in GV- und VR-Protokollen](#), in: dRSK, publiziert am 15. August 2019, Rz. 22).

[5] Urteil des Bundesgerichts [4A_265/2018](#) vom 3. September 2018 E. 2.2.3 (besprochen von KÜNDIG/GALLI/VISCHER [Nr. 4]).

[6] Im Allgemeinen: KÜNDIG/GALLI/VISCHER (Nr. 4), Rz. 23.

[7] Im Allgemeinen: KÜNDIG/GALLI/VISCHER (Nr. 4), Rz. 24.

[8] Vgl. aber Urteil des Bundesgerichts [4A_117/2010](#) vom 14. Juni 2010 E. 4.4 (besprochen von CHRISTOPH BRUNNER/MARKUS VISCHER, [Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2010 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide](#), in: Jusletter 3. Oktober 2011, Rz 60 ff.), wo das Bundesgericht entschied, dass der Verkäufer als einzelzeichnungsberechtigtes VR-Mitglied im Aktienkaufvertrag auch die Zielgesellschaft verpflichtet habe. A.M. Urteil des Bundesgerichts [4A_500/2011](#) vom 8. Mai 2012 E. 3.2 und 3.3, wo das Bundesgericht nicht davon ausging, dass die handelnden Parteien als Organe der Zielgesellschaft diese mit ihren Unterschriften ebenfalls verpflichtet haben (besprochen von LARA ELLIOTT/MARKUS VISCHER, [Richterliche Kunstgriffe bei unüberschaubaren Vertragsgeflechten in M&A-Transaktionen](#), in: dRSK, publiziert am 30. Juli 2012).

[9] Siehe zu solchen Kunstgriffen im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen die in Nr. 8 zitierten Urteile.

Zitiervorschlag: Michael Kündig / Dario Galli / Markus Vischer, Nochmals zu Zessionserklärungen in GV-Protokollen, in: dRSK, publiziert am 29. September 2022

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

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

weblaw.ch