

## **BGE 123 IV 167**

Bundesgericht (BGE), 1997-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_123\\_IV\\_167](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_123_IV_167)

FR: ATF 123 IV 167

IT: DTF 123 IV 167

### **Regeste**

Regeste Art. 1, 4, 26 Abs. 2 lit. a BewG und Art. 28 BewG; Begriff des Vollzugs eines mangels Bewilligung nichtigen Rechtsgeschäfts. Ein Rechtsgeschäft über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland wird durch diejenigen Akte vollzogen, durch welche der Erwerber die Rechtsstellung erlangt, für die er als Person im Ausland einer Bewilligung bedarf. Bei einem Kaufvertrag über Inhaberaktien einer schweizerischen Immobiliengesellschaft sind dies allein diejenigen Akte, durch welche das Eigentum an den Aktien auf den ausländischen Erwerber übergehen kann, also etwa die Übergabe bzw. Übernahme der Aktien. Jeder massgeblich daran Beteiligte ist Täter (E. 1-4).

Regeste Art. 1, 4, 26 al. 2 let. a LFAIE et art. 28 LFAIE; définition de l'exécution d'un acte juridique nul en raison du défaut d'autorisation. Un acte juridique relatif à l'acquisition d'un fonds par des personnes domiciliées à l'étranger est exécuté par les opérations au moyen desquelles l'acquéreur obtient la position juridique pour laquelle, en tant que personne domiciliée à l'étranger, il aurait besoin d'une autorisation. En cas de vente d'actions au porteur d'une société immobilière suisse, ce sont exclusivement les opérations par lesquelles la propriété des actions peut être transférée à l'acquéreur, par exemple la remise ou la prise de possession des actions. Tous ceux qui participent de manière déterminante à ces opérations ont la qualité d'auteurs (consid. 1-4).

Regesto Art. 1, 4, 26 cpv. 2 lett. a LAFE e art. 28 LAFE; nozione di esecuzione di un negozio giuridico nullo per mancanza d'autorizzazione. Un negozio giuridico concernente l'acquisto di un fondo da parte di persone domiciliate all'estero è eseguito mediante le operazioni che permettono all'acquirente di ottenere la posizione giuridica per cui, in quanto persona domiciliata all'estero, necessiterebbe di un'autorizzazione. In caso di vendita di azioni al portatore di una società immobiliare svizzera, entrano in considerazione esclusivamente le operazioni destinate a trasmettere la proprietà delle azioni all'acquirente straniero, come ad esempio la consegna, rispettivamente la presa in consegna delle azioni. Chiunque partecipa in maniera determinante a queste operazioni ha qualità di autore (consid. 1-4).

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Gemäss Art. 28 BewG ("Umgehung der Bewilligungspflicht") wird mit Gefängnis oder mit Busse bis zu 100'000 Franken unter anderen bestraft, wer vorsätzlich ein mangels Bewilligung nichtiges Rechtsgeschäft vollzieht (Abs. 1). Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Busse bis zu 50'000 Franken (Abs. 3). Nach Art. 26 BewG ("Unwirksamkeit und Nichtigkeit") bleiben Rechtsgeschäfte über einen Erwerb, für den der Erwerber einer Bewilligung bedarf, ohne rechtskräftige Bewilligung unwirksam (Abs. 1). Sie werden unter

anderem dann nichtig, wenn der Erwerber das Rechtsgeschäft vollzieht, ohne um die Bewilligung nachzusuchen oder bevor die Bewilligung in Rechtskraft tritt (Abs. 2 lit. a). a) Nach Auffassung der Vorinstanzen ist der Straftatbestand der Umgehung der Bewilligungspflicht gemäss Art. 28 BewG erfüllt. Aus dem weitgefassten Begriff des "Vollziehens", dem Randtitel "Umgehung der Bewilligungspflicht" und dem in Art. 1 BewG festgelegten Gesetzeszweck, die Überfremdung des einheimischen Bodens zu verhindern, ergebe sich, dass nicht etwa bloss kaufrechtliche Erfüllungshandlungen des formellen Erwerbers unter Art. 28 BewG fallen. Der Begriff des "Vollziehens" in Art. 28 Abs. 1 BewG sei in einem weiteren Sinne zu verstehen als der Begriff des "Vollziehens" in Art. 26 Abs. 2 lit. a BewG. Das ergebe sich unter anderem auch daraus, dass nach Art. 26 Abs. 2 lit. a BewG das Rechtsgeschäft nichtig wird, wenn der Erwerber es vollzieht, ohne um die Bewilligung nachzusuchen oder bevor die Bewilligung in Rechtskraft tritt, während gemäss Art. 28 Abs. 1 BewG strafbar ist, wer ein mangels Bewilligung nichtiges Rechtsgeschäft vollzieht. Jede Person, die an der Umgehung der Bewilligungspflicht beteiligt sei, könne sich nach Art. 28 BewG strafbar machen, wobei von der Bedeutung ihrer Tatbeiträge abhängt, ob sie Täterin oder Teilnehmerin (Anstifterin oder Gehilfin) sei. Der Beschwerdeführer habe als stellvertretender Direktor der für die C. handelnden Y. massgeblich an der Planung und Abwicklung des Aktienkaufs und an der Gewährung des Kredits an die Käuferin zur Zahlung des Kaufpreises mitgewirkt. Angesichts seiner wesentlichen Tatbeiträge sei er nicht bloss Gehilfe, sondern Täter. Subjektiv sei ihm Fahrlässigkeit vorzuwerfen. Da er nicht allein gehandelt habe, sei Nebentäterschaft anzunehmen. Der Beschwerdeführer habe BGE 123 IV 167 S. 170 demnach (in Form der fahrlässigen Nebentäterschaft) ein mangels Bewilligung nichtiges Rechtsgeschäft vollzogen und sich dadurch der Widerhandlung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 und 3 BewG schuldig gemacht. b) Der Beschwerdeführer macht im wesentlichen geltend, die Y. habe durch die Gewährung eines Darlehens an die ausländische Käuferin das Rechtsgeschäft des Aktienkaufs nicht im Sinne von Art. 28 Abs. 1 BewG "vollzogen". Er könne daher nicht Täter einer Widerhandlung gemäss dieser Bestimmung sein. Objektiv liege höchstens allenfalls Gehilfenschaft im Sinne von Art. 25 StGB zum Vollziehen eines mangels Bewilligung nichtigen Rechtsgeschäfts vor; dafür könne er aber nicht bestraft werden, da ihm subjektiv lediglich Fahrlässigkeit zur Last gelegt werde und fahrlässige Gehilfenschaft nicht strafbar sei.

## **E. 2**

a) Rechtsgeschäft im Sinne von Art. 28 BewG ist ein Rechtsgeschäft "über einen Erwerb" ( Art. 26 Abs. 1 BewG ), d.h. ein Rechtsgeschäft über einen "Erwerb von Grundstücken" ( Art. 4 BewG und Art. 1 BewV [SR 211.412.411]); nur ein solches Rechtsgeschäft wird im Falle des Vollzugs ohne Vorliegen einer rechtskräftigen Bewilligung nichtig ( Art. 26 Abs. 2 lit. a BewG ), und nur der Vollzug eines mangels Bewilligung nichtigen Rechtsgeschäfts ist im Sinne von Art. 28 BewG tatbestandsmässig. b) Gemäss Art. 28 Abs. 1 BewG vollzogen wird ein Rechtsgeschäft durch diejenigen Akte, durch welche der Erwerber im Sinne von Art. 4 BewG und Art. 1 BewV ein Grundstück erwirbt, d.h. eine der in diesen Bestimmungen aufgeführten Rechtsstellungen erlangt, für die er als Person im Ausland einer Bewilligung bedarf. Welche Akte insoweit erheblich sind, hängt wesentlich von der im konkreten Einzelfall zur Diskussion stehenden Variante des "Erwerbs von Grundstücken" im Sinne von Art. 4 BewG und Art. 1 BewV ab. Beim Erwerb des Eigentums an einem Grundstück gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a BewG sind dies andere Akte als beispielsweise beim langfristigen Mietvertrag gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. a BewV oder beim

sogenannten Finanzierungstatbestand im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. b BewV (siehe Pierre-Henri Winzap, *Les dispositions pénales de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger* [Lex Friedrich], thèse Lausanne 1992, p. 65 ss.). Beim Erwerb des Eigentums an Aktien einer Immobiliengesellschaft ( Art. 4 Abs. 1 lit. d oder lit. e BewG ) durch eine Person im Ausland wird das ihm zugrunde liegende Rechtsgeschäft, beispielsweise ein Kaufvertrag, durch den Übergang BGE 123 IV 167 S. 171 des Eigentums etwa durch Übergabe der Aktien vollzogen (Botschaft des Bundesrates zum Bewilligungsgesetz, BBl 1981 III 585 ff., 635; MÜHLEBACH/GEISSMANN, Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, 1986, Art. 26 N. 8, Art. 28 N. 2). c) Entgegen der Auffassung der ersten Instanz, auf deren Urteil die Vorinstanz verweist, ist der Begriff des "Vollziehens" gemäss Art. 28 Abs. 1 BewG nicht in einem anderen bzw. weiteren Sinne zu verstehen als der Begriff des "Vollziehens" in Art. 26 Abs. 2 lit. a BewG . Dass nach der letztgenannten Bestimmung das Rechtsgeschäft nichtig wird, wenn der Erwerber es vollzieht, ohne um die Bewilligung nachzusuchen oder bevor die Bewilligung in Rechtskraft tritt, während gemäss Art. 28 Abs. 1 BewG strafbar ist, wer ein mangels Bewilligung nichtiges Rechtsgeschäft vollzieht, ist aus nachfolgenden Gründen insoweit unerheblich. aa) Bereits nach Art. 23 des Bundesbeschlusses über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland in der Fassung vom 21. März 1973 (AS 1974 I 83 ff.) machte sich strafbar, wer ein Rechtsgeschäft auf bewilligungspflichtigen Erwerb vollzog, ohne die rechtskräftige Bewilligung für den Erwerb erhalten zu haben. Dieser Vollzug hatte nach dem damaligen Bewilligungsbeschluss nicht die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge, was als Mangel empfunden wurde, der durch Art. 26 Abs. 2 lit. a BewG behoben wurde (RUDOLF SCHWAGER, *Die privatrechtlichen Bestimmungen der Lex Friedrich - Grundzüge, Grundprobleme und Ungereimtheiten*, ZBGR 68/1987 S. 137 ff., 145 f.). Der Vollzug eines mangels Vorliegens einer rechtskräftigen Bewilligung einstweilen unwirksamen Rechtsgeschäfts sollte nicht mehr bloss strafbar sein, sondern neu auch die zivilrechtliche Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge haben. Das Rechtsgeschäft wird bei Fehlen einer rechtskräftigen Bewilligung für den Erwerb in dem Augenblick nichtig, in dem es vollzogen wird, so dass der Täter im Sinne von Art. 28 Abs. 1 BewG ein mangels Bewilligung nichtiges Rechtsgeschäft vollzieht. bb) Unerheblich ist entgegen der Ansicht der Vorinstanzen insoweit, dass in Art. 26 Abs. 2 lit. a BewG im Unterschied zu Art. 28 Abs. 1 BewG vom Vollzug des Rechtsgeschäfts durch den Erwerber die Rede ist. Auch daraus kann nicht abgeleitet werden, dass der Begriff des "Vollziehens" gemäss Art. 28 Abs. 1 BewG in einem anderen bzw. weiteren Sinne zu verstehen sei als in Art. 26 Abs. 2 lit. a BewG . Der Erwerber wird in der letztgenannten Bestimmung deshalb ausdrücklich erwähnt, weil er allein gemäss Art. 17 Abs. 1 BGE 123 IV 167 S. 172 BewG verpflichtet ist, spätestens nach dem Abschluss des Rechtsgeschäftes um die Bewilligung nachzusuchen, und somit nur er im Sinne von Art. 26 Abs. 2 lit. a BewG das Rechtsgeschäft vollzieht, "ohne um die Bewilligung nachzusuchen...". d) Kein Vollzug des Rechtsgeschäfts im Sinne von Art. 26 Abs. 2 lit. a und Art. 28 Abs. 1 BewG ist die Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer. Denn nicht durch diese Zahlung erwirbt der Käufer das Eigentum am Kaufobjekt, also die Rechtsstellung, für deren Erlangung das Gesetz die Bewilligungspflicht vorsieht. Das bei Fehlen einer rechtskräftigen Bewilligung für den Erwerb einstweilen unwirksame Rechtsgeschäft des Kaufvertrages wird nicht dadurch gemäss Art. 26 Abs. 2 lit. a BewG nichtig, dass der Käufer den Kaufpreis zahlt (RUDOLF SCHWAGER, *op.cit.*, S. 146; MARC BERNHEIM, *Die Finanzierung von*

Grundstückkäufen durch Personen im Ausland, Diss. Zürich 1993, S. 229). Durch die Zahlung des Kaufpreises erfüllt zwar der Erwerber das Rechtsgeschäft, doch vollzieht er es nicht im Sinne von Art. 26 Abs. 2 lit. a BewG. Vielmehr vollzieht der Erwerber das Rechtsgeschäft dadurch, dass er im Falle eines Kaufvertrages über Inhaberaktien einer Immobiliengesellschaft die Aktien übernimmt und damit das Eigentum an ihnen erlangt. e) Das Rechtsgeschäft des Kaufvertrages über Aktien einer Immobiliengesellschaft wird ferner auch nicht dadurch im Sinne von Art. 28 Abs. 1 BewG vollzogen, dass dem Käufer ein Darlehen zwecks Zahlung des Kaufpreises gewährt wird. Die Finanzierung des Kaufes etwa durch Gewährung eines Darlehens kann aber unter Umständen als solche ein Erwerb von Grundstücken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. b BewV sein. Dieser sogenannte Finanzierungstatbestand kann aber nach den insoweit zutreffenden Ausführungen im erstinstanzlichen Urteil nur erfüllt sein, wenn der Darlehensgeber eine Person im Ausland ist, was hier unstreitig nicht zutrifft.

### **E. 3**

Im hier zu beurteilenden Fall ist Rechtsgeschäft im Sinne von Art. 28 Abs. 1 BewG der Kaufvertrag über Inhaberaktien der G. AG, den A. und B., vertreten durch die X., als Verkäufer mit der liechtensteinischen C. und mit K., vertreten durch die Y., als Käufer abschlossen. Dieser Kaufvertrag wurde im Sinne von Art. 28 Abs. 1 BewG vollzogen durch diejenigen Akte, durch welche das Eigentum an den Aktien auf die Käufer übergehen konnte, also etwa durch Übergabe bzw. Übernahme der Aktien. Allein diese Akte sind tatbestandsmässig. BGE 123 IV 167 S. 173 Die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Widerhandlung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 und 3 BewG kann daher entgegen der Auffassung der Vorinstanzen weder damit begründet werden, dass die Y., für die der Beschwerdeführer als ihr stellvertretender Direktor tätig war, der C. ein Darlehen zwecks Zahlung des Kaufpreises gewährte, noch damit, dass die Y. als Beauftragte der C. an der Planung, Vorbereitung und am Abschluss des Kaufvertrages mitwirkte und den Kaufpreis an die Verkäufer bzw. die von diesen beauftragte X. überwies. Durch keine dieser Dienstleistungen der Y. wurde der Kaufvertrag im Sinne von Art. 28 Abs. 1 BewG vollzogen.

### **E. 4**

a) Der Beschwerdeführer hat in seiner Eigenschaft als stellvertretender Direktor der für die Käufer handelnden Y. indessen auch an der Regelung der Modalitäten der Aktienübertragung bzw. an dieser selbst massgeblich mitgewirkt, wie sich aus den Ausführungen im erstinstanzlichen Urteil, auf welches die Vorinstanz verweist, hinreichend deutlich ergibt. Der Beschwerdeführer war danach massgeblich bei der Planung, Finanzierung und Abwicklung des ganzen Geschäfts beteiligt; er war nicht nur bei der Kreditvergabe, sondern auch bei der Durchführung der Aktientransaktion der auf seiten der Y. massgeblich handelnde, faktische Entscheidungsträger. Er war innerhalb der Y. der Ansprechpartner und Verbindungsmann und handelte persönlich in federführender Stellung, und zwar vor, während und nach dem eigentlichen Kauf der Aktien. Daraus ergibt sich aber, dass der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Mitwirkung bei der Abwicklung des ganzen Geschäfts auch an der Planung, Entschliessung und Durchführung derjenigen Akte massgeblich beteiligt war, durch welche das Eigentum an den Aktien auf die ausländische Erwerberin übergang, mithin im Sinne von Art. 28 Abs. 1 BewG das Rechtsgeschäft vollzogen wurde. b) Der Beschwerdeführer legt nicht dar, aus welchen Gründen seine im erstinstanzlichen Urteil beschriebene Mitwirkung an der Abwicklung des

ganzen Geschäfts die Verurteilung wegen Widerhandlung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 und 3 BewG (in der Form der fahrlässigen Nebentäterschaft) nicht zu rechtfertigen vermöge. Er macht im wesentlichen bloss geltend, dass die Gewährung eines Darlehens an die ausländische Käuferin kein Vollzug des Rechtsgeschäfts im Sinne dieser Bestimmung sei. Er lässt damit aber ausser acht, dass die erste Instanz und mit ihr die Vorinstanz seine Verurteilung keineswegs allein mit dieser Darlehensgewährung begründet haben. BGE 123 IV 167 S. 174 Der Beschwerdeführer macht mit Recht selbst nicht geltend, dass etwa nur die Parteien des Rechtsgeschäfts oder gar bloss der ausländische Erwerber den Tatbestand von Art. 28 BewG erfüllen können. Täter kann jeder sein, der massgeblich am Vollzug des Rechtsgeschäfts beteiligt ist (so auch PIERRE-HENRI WINZAP, op.cit., p. 60, 82). Der Gesetzeswortlaut - "Wer ein... Rechtsgeschäft vollzieht" - schränkt den Täterkreis in keiner Weise ein. Tatbestandsmässiges Verhalten ist nicht die Unterlassung, die Bewilligung für den Erwerb einzuholen, d.h. die Missachtung dieser in Art. 17 Abs. 1 BewG dem ausländischen Erwerber auferlegten Pflicht, sondern die Vornahme derjenigen Akte, durch welche der Erwerber die Rechtsstellung erlangt, derentwegen er als Person im Ausland einer Bewilligung bedarf. Gerade durch diese Akte, d.h. den Vollzug des Rechtsgeschäfts, wird im Sinne des Randtitels von Art. 28 BewG die Bewilligungspflicht umgangen und der in Art. 1 BewG festgelegte Gesetzeszweck unterlaufen.

#### **E. 5**

(Strafzumessung)

#### **E. 6**

(Kostenfolgen)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.