

Dogmatische Unebenheiten bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur Falschbeurkundung



Frédéric Störi

Frédéric Störi hat nebst Studienaufenthalt an der Universität in Saarbrücken (deutsches Recht) das Studium der Rechte an der Universität Basel abgeschlossen, daraufhin das Rechtsanwaltspatent des Kantons Basel-Stadt erworben und den MAS Economic Crime Investigation an der Hochschule für Wirtschaft in Luzern absolviert.

Berufliche Stationen von Frédéric Störi waren: Strafgerichtsschreiber im Kanton Basel-Stadt, Leiter des Rechtsdienstes der Regionaldirektion Nordwestschweiz einer Grossbank sowie selbständiger Rechtsanwalt. Seit 2001 Untersuchungsrichter bzw. Staatsanwalt für Wirtschaftsdelikte, Leiter der Abteilung für Wirtschaftsdelikte im Kanton Schwyz sowie seit 2014 Leiter der Kantonalen Staatsanwaltschaft.

Das Bundesgericht taxiert das Protokollieren einer inhaltlich unwahren Aussage des Vorsitzenden einer Universalversammlung durch einen Protokollführer, wonach sämtliche Aktionäre der Aktiengesellschaft vertreten sind und kein Widerspruch gegen die Durchführung einer solchen Universalversammlung erhoben worden ist, als Falschbeurkundung. Diese Einschätzung hält einer genauen Überprüfung nicht stand.

Artikel 251 StGB beinhaltet, hier nicht interessierende Tatbestandsvarianten des Artikels 251 StGB beiseite gestellt, die Urkundenfälschung im engeren Sinne und die Falschbeurkundung (*faux intellectuel*). Letztere stellt nichts anderes als eine schriftliche Lüge dar, jedoch eine besonders qualifizierte. Worin beide Arten von Lügen sich unterscheiden, ist nicht annähernd geklärt. Einzelne Grundsätze sind vom Bundesgericht jedoch herausgebildet worden. In genereller Weise sagt das Bundesgericht, dass Art. 251 Ziffer 1 StGB, soweit es um Falschbeurkundung gehe, restriktiv anzuwenden sei.

Nach bundesgerichtlicher Auffassung sollen allgemeingültige objektive Garantien die Wahrheit der Erklärung gewährleisten, wie sie u.a. in der Prüfungspflicht einer Urkundsperson und in den gesetzlichen Vorschriften, die gerade den Inhalt bestimmter Schriftstücke näher festlegen, angesehen werden können. Bei den Personen, von denen das Bundesgericht annimmt, dass sie solche Wahrheitsgarantien verkörpern, wurde in früheren Urteilen eine „besondere Stellung“ gefordert. Später wurde diese als „garantenähnlich“ bezeichnet. Im vorliegenden Fall spricht das Bundesgericht von „Vertrauensstellung“.

Der Aussagegehalt einer Urkunde wird im Strafrecht unter anderem danach unterschieden, ob darin Tatsachenbehauptungen gemacht werden oder die Urkunde sich darauf beschränkt, eigene oder fremde Erklärungen wiederzugeben. Je nach Aussagegehalt der letztgenannten Kategorie von Urkunden erstreckt sich die Wahrheit auf die Wahrheit (Richtigkeit) der Wiedergabe der darin enthaltenen Aussagen als einem „äusseren Vorgang“ selbst oder auf den mit der Aussage wiedergegebenen Sachverhalt. Diese Unterscheidung ermöglicht jeweils eine wesentliche Aussage zum Verhältnis zwischen dem Erklärungsinhalt und der vom Aussteller allenfalls zu leistenden Wahrheitsgarantie. Handelt es sich um eine Protokollurkunde, so beschränkt sich die Wahrheit auf die richtige Wiedergabe des Gesagten.

Das Bundesgericht auferlegt dem Protokollführer im konkreten Fall Wahrheitspflichten hinsichtlich der Grundlage der zu Protokoll gegebenen Aussagen, und zwar unter Verweis

auf das Beurkundungsrecht. Dort gilt: In der einen Kategorie der Erklärungen stellt die Beurkundung darauf ab, was der innere Wille der erklärenden Privatperson zum Ausdruck bringt. Bei dieser Erklärung „zu Urkund“ findet typischerweise eine Prüfung durch die Urkundsperson statt. In der zweiten („zu Protokoll“) soll lediglich die Aussage als äusserer Vorgang wiedergegeben werden. Eine Überprüfung findet nicht statt.

Das Bundesgericht stuft das Universalversammlungsprotokoll als eine Wissenserklärung „zu Urkund“ ein und steht damit zur Lehre im Widerspruch, die das fragliche Protokoll als Wissenserklärung zu Protokoll betrachtet.

Die Überlegungen, die einer Urkunde die Qualität einer solchen „zu Urkund“ verleihen, entsprechen den Gedankengängen, welche einer Urkunde öffentlichen Glauben beimessen; sie münden alle in die Erkenntnis, dass dem Protokollieren bestimmte Überprüfungsabläufe vorausgehen müssen, und zwar von Personen, die eine Vertrauensstellung rechtfertigen. Beide Voraussetzungen liegen beim fraglichen Protokollführer nicht vor.

Der vom Bundesgericht herangezogene Vergleich mit früheren Urteilen im Zusammenhang mit einem Arzt und Architekten, die Unwahres festhielten und dafür wegen Falschbeurkundung verurteilt wurden, sticht nicht. Architekt und Arzt haben eigene Erklärung lügenhaft abgegeben, während der Protokollführer die Lüge eines andern unkommentiert wiedergab. Der Protokollführer ist nach Bundesgericht gehalten, kein Protokoll zu schreiben, wenn er befürchtet, dass die Aussage unwahr ist. Es werden damit dem Protokollführer Präventionsaufgaben auferlegt. Im Ergebnis hat das Bundesgericht dem pandemisch auftretenden, unwahren Universalversammlungs-Protokoll einen Riegel verschieben wollen, ungeachtet seiner erklärten Absicht der restriktiven Auslegung der Falschbeurkundung.

In einem zweiten Teil wird ein Bundesgerichtsurteil bzw. die herrschende Lehre zur verdeckten Gewinnausschüttung in Form von unverhältnismässigem Lohn näher untersucht. Die verdeckte Gewinnausschüttung, deren buchhalterische Behandlung in Beachtung der Mindestgliederung erfolgt, ist nach diesem Urteil nicht falsch beurkundet.

In genereller Weise kann gesagt werden, dass das Bundesgericht fordert, dass Buchungen formell richtig sein müssen, also der Geschäftsvorfall muss mit dem Bucheintrag übereinstimmen, und er muss tatsächlich vorgefallen sein; ausserdem muss er auch materiell zutreffend sein. Materielle Richtigkeit steht häufig dann auf dem Prüfstand, wenn es

um die Bewertung von Aktiven geht. Da dort ein Ermessensspielraum besteht, wird von einer Falschbeurkundung ausgegangen, wenn das noch vertretbare Ermessen überschritten wurde.

Die Untersuchung hat dazu ergeben, dass verdeckte Gewinnausschüttungen in Form solcher inadäquaten Leistungsaustausche, zumindest wenn Minderheitsaktionäre die Zustimmung dazu verweigern, in aller Regel zivilrechtlich keinen Bestand haben, weil es sich zumeist um Eigengeschäfte handelt, die bei Fehlen von Zustimmung nichts anderes als Nichtgeschäfte darstellen. Deren buchhalterische Behandlung ist also auch formell nicht korrekt.

Es kommt hinzu: Eine Gewinnausweisung, die um verdeckte Gewinnausschüttungen verkürzt wurde, dürfte, wenngleich nach bundesgerichtlicher Lesart korrekt verbucht, die Ertragslage unwahr darstellen. Dass zwar formell korrekte, aber materiell als falsch einzustufende Buchungen unwahr sein können, wird bei grotesk überbewerteten Aktiven ganz selbstverständlich angenommen. Dass das Bundesgericht hier dann auf den formell korrekten Teil abstellt, dürfte auf den Umstand zurückzuführen sein, dass die verdeckte Gewinnausschüttung überwiegend von Steuerrechtlern behandelt wird und diese mittels Sanktionen der Steuerhinterzie-

hung ein für den Staat befriedigendes Korrektiv zur Verfügung haben. Es kommt hinzu, dass heute noch der Gedanke vorherrscht, wonach der Eigner mit dem erzielten Gewinn „machen darf, was er will“, solange die Steuerbehörden nicht zu kurz kommen. An den Minderheitsaktionär wird nicht gedacht.

Die Diskussion um die richtige Auslegung des Tatbestands der Falschbeurkundung dreht sich mehrheitlich darum, dass eine Bestrafung für Falschbeurkundung das Bestimmtheitsgebot verletze, habe man doch bis heute keine trennscharfen Kriterien zur Abgrenzung von der straflosen schriftlichen Lüge gefunden. Diese Diskussion übersieht, dass bei einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ ohne weiteres klar wird, wie ich mich verhalten muss, um in keinem Fall wegen Falschbeurkundung zur Verantwortung gezogen zu werden: Ich darf nicht schriftlich Unwahreres festhalten. Wenn man das einmal akzeptiert hat, kann man dazu übergehen, vor dem gemeinsamen kriminalpolitischen Hintergrund des Betrugs nach ähnlichen Kriterien zu suchen, wie beim Betrugstatbestand, um im Falle der Falschbeurkundung unterlassene Wahrnehmung von Opfermitverantwortung auszusondern. Restriktion bildet dann nicht mehr Ausgangspunkt, sondern ist das Ergebnis einer solchen Auslegung.