Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.30/2002 /kra

Urteil vom 6. März 2003
Kassationshof

Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Karlen,
Gerichtsschreiber Kipfer Fasciati.

A._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Bernhard Gehrig, Ankerstrasse 24, Postfach, 8026 Zürich,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Erschleichung einer falschen Beurkundung (Art. 253 Abs. 1 StGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 11. Oktober 2001.

Sachverhalt:
A.
Auf Anklage der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 13. März 1998 hin verurteilte das Bezirksgericht Zürich, 1. Strafkammer, A._____ mit Urteil vom 21. Dezember 2000 wegen Erschleichens einer falschen Beurkundung zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von acht Monaten. Vom Vorwurf der mehrfachen Urkundenfälschung sprach es ihn frei.

Der Verurteilung lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Am 31. Oktober 1988 erwarb die Firma B._____ Bau + Immobilien-Treuhand AG zwei Parzellen mit insgesamt 8'152 m2 in der Gemeinde E._____ zu einem Quadratmeterpreis von Fr. 400.–. Ungefähr ein Jahr später versuchte die Käuferin, die beiden Grundstücke zu einem Quadratmeterpreis von Fr. 680.– an einen Dritten weiter zu veräussern. Der Verkauf scheiterte jedoch an der mit Bundesbeschluss statuierten und damals gültigen Sperrfrist von fünf Jahren für die Veräusserung nicht landwirtschaftlicher Grundstücke. Der beigezogene Notar hatte die Parteien darauf hingewiesen, dass das geplante Vorgehen - den Vertrag zu schliessen und zu beurkunden, ihn aber erst nach Ablauf der Sperrfrist im Grundbuch einzutragen - nicht zulässig sei. Im Frühjahr 1990 kam es zu neuen Gesprächen mit C._____, einem weiteren Kaufinteressenten. Die B._____ Bau + Immobilien-Treuhand AG war bei diesen Gesprächen vertreten durch den Verwaltungsratspräsidenten B._____ und durch das Verwaltungsratsmitglied Rechtsanwalt A._____. Anlässlich der Vertragsverhandlungen wurde zwischen diesen drei Personen folgendes Vorgehen vereinbart: C._____ solle die Parzellen für die C._____ AG im Baurecht von der B._____ Bau + Immobilien-Treuhand AG erwerben.
Da auch Baurechtsverträge unter die Sperrfrist fielen, wenn damit ein Gewinn für die Baurechtsgeberin verbunden war, durfte für den zu schliessenden Vertrag nur von einem Quadratmeterpreis von Fr. 465.– ausgegangen werden: Tatsächlich legten die Vertragsparteien der Abmachung jedoch einen Preis Fr. von Fr. 700.– bis Fr. 730.– zu Grunde. Der Differenzbetrag von 1.92 Mio. zwischen dem Gesamtwert des Baurechts, auf welchem der Baurechtsvertrag mit einem Quadratmeterpreis von Fr. 465.– offiziell beruhte, und dem tatsächlich vereinbarten Preis sollte die Baurechtsnehmerin nach Erstellung und Verkauf der geplanten Liegenschaften an die

Baurechtsgeberin bezahlen. Um die Natur dieser Zahlung zu verschleiern, schlossen die Parteien unter Beizug einer Stiftung Liechtensteinischen Rechts einen fingierten, keinen besonderen Formvorschriften unterstehenden Darlehensvertrag über Fr. 1.92 Mio., wobei die Baurechtsnehmerin als Darlehensnehmerin fungierte. Die vorgebliche Hingabe der Darlehensvaluta durch die Baurechtsgeberin wurde von der Baurechtsnehmerin quittiert. Mit dem Darlehensvertrag und der Quittung sollte die Baurechtsgeberin von der Baurechtsnehmerin später die verdeckten summierten Baurechtszinsen von Fr. 1.92 Mio. einfordern
können.

In der Folge erstellten die Parteien einen Baurechtsvertrag, der mit einem Baurechtszins von jährlich Fr. 246'394.20 auf dem rechtlich zulässigen Quadratmeterpreis von Fr. 465.– beruhte. Die vereinbarte zusätzliche Verpflichtung der Baurechtsnehmerin zur Zahlung von Fr. 1.92 Mio. war aus diesem Vertrag nicht ersichtlich. Gegenüber dem für den öffentlichen Notar des Kantons Aargau handelnden Rechtsanwalt, der die Beurkundung vorbereitete, erklärten sie wahrheitswidrig, den Vertrag in der schriftlich niedergelegten Form schliessen zu wollen. In der Folge nahm Martin Inderkum als öffentlicher Notar des Kantons Aargau die Beurkundung des Vertrages vor, indem er den Vertrag mit seinem Stempel versah und unterschrieb. Die Beteiligten bezweckten mit ihrem Vorgehen die unrichtige Beurkundung verwaltungs- und steuerrechtlich erheblicher Tatsachen, um damit die fünfjährige Sperrfrist für die Weiterveräusserung der Liegenschaft umgehen zu können.
B.
Die Berufung A._____s wies das Obergericht des Kantons Zürich, 1. Strafkammer, am 11. Oktober 2001 ab und bestätigte das bezirksgerichtliche Urteil.
C.
A._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde und beantragt die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils.
D.
Das Obergericht hat am 7. Februar 2002 auf eine Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet.
E.
Mit Entscheid vom 7. November 2002 wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts ab.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Aufgrund des vorinstanzlichen Urteils steht fest - und es wird im Übrigen auch vom Beschwerdeführer nicht bestritten -, dass der vom öffentlichen Notar beurkundete Baurechtsvertrag rechtlich massgebende Tatsachen falsch beziehungsweise unvollständig wiedergibt. Der Beschwerdeführer wendet jedoch ein, das vorinstanzliche Urteil halte vor Art. 277 BStP nicht stand. Die Vorinstanz treffe keine hinreichenden Feststellungen zur Beteiligung des Notars beim Beurkundungsvorgang. Die Mitwirkung des Notars sei jedoch rechtserheblich. Von der persönlichen Mitwirkung des Notars, welchen, wenn nicht eine materielle, so doch wenigstens eine formelle Prüfungspflicht treffe, hänge ab, ob die öffentliche Beurkundung überhaupt gültig zustande gekommen sei. Die kantonale Notariatsordnung schreibe vor, dass die Urkundsperson sich mit eigenen Sinnen und durch angemessene Befragung der Parteien von den Tatsachen überzeuge, die sie beurkunde.
1.2 Art. 277 BStP umschreibt keinen selbständigen Beschwerdegrund (vgl. BGE 117 Ia 1 E. 1b; Wiprächtiger, Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, in: Geiser/Münch, Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl. 1998, N 6.107). Voraussetzung für die Anwendung dieser Bestimmung ist, dass auch eine Verletzung materiellen Bundesstrafrechts geltend gemacht wird. Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid gemäss Art. 277 BStP unter anderem auf, wenn die Vorinstanz die tatsächlichen Feststellungen nicht trifft, die für die Anwendung des eidgenössischen Rechts notwendig wären. Hier stellt die Vorinstanz fest, der Beschwerdeführer habe zusammen mit seinem Geschäftspartner und dem Erwerber des Baurechts durch Täuschung bewirkt, dass ein Notar als Person öffentlichen Glaubens eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig beurkundet habe. Von einer persönlichen Anwesenheit des Notars und von der persönlichen Befragung der Vertragsparteien durch diesen Notar geht die Vorinstanz jedoch nicht aus. Für die Vorbereitung der Beurkundung liess sich der Notar durch Rechtsanwalt D._____ vertreten. Der Notar war an der Beurkundung des Vertrags allein damit beteiligt, dass er die Vertragsurkunde stempelte und unterzeichnete. Die Täuschung des Notars
erfolgte gemäss erstinstanzlichem Urteil, auf welches die Vorinstanz verweist, mittelbar insofern, als der tat-

sachenwidrige Vertrag zur Vorbereitung der Beurkundung dem Vertreter des Notars unterbreitet wurde mit der stillschweigenden Unterstellung, der Vertrag entspreche dem tatsächlichen Willen der Parteien. Auf Grund dieses Sachverhalts kann die Anwendung von Art. 253 StGB ohne weiteres überprüft werden. Ob der Beschwerdeführer mit dem festgestellten Verhalten den Tatbestand des Erschleichens einer falschen Beurkundung erfüllt hat, ist eine Rechtsfrage, die im Folgenden zu prüfen ist.
2.
2.1 Die Vorinstanz geht wie bereits das Bezirksgericht davon aus, dass es unerheblich sei, ob die Urkundsperson die Übereinstimmung der bestätigten Tatsachen mit der Wirklichkeit überprüft hat oder überhaupt überprüfen konnte. Die erhöhte Glaubwürdigkeit der öffentlichen Urkunde, welche nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre Voraussetzung für die Strafbarkeit einer Falschbeurkundung sei, beruhe auf der Wahrheitspflicht des Erklärenden und auf der Ermittlungspflicht der Urkundsperson im formellen Bereich. Indem der Beschwerdeführer gegenüber dem Notar eine falsche Gegenleistung für das veräusserte Baurecht angab, habe er den objektiven Tatbestand von Art. 253 StGB erfüllt.
2.2 Dagegen wendet der Beschwerdeführer ein, dass der öffentlichen Urkunde eine erhöhte Glaubwürdigkeit und die objektive Wahrheitsgarantie gemäss Art. 9 ZGB nur zukomme, wenn neben der Wahrheitspflicht des Erklärenden auch von der materiellen Überprüfungspflicht der Urkundsperson ausgegangen werde. Die Vorinstanz widerspreche der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wenn sie eine nur formelle Prüfungspflicht annehme. Für das Bundesgericht komme der Urkunde erhöhte Beweiskraft nur zu, wenn die Urkundsperson die beurkundete Tatsache zu prüfen gehabt habe und wenn sie in der Lage gewesen sei, die Tatsache auf Grund eigener Wahrnehmung zuverlässig zu prüfen (mit Hinweis auf BGE 110 II 1 E. 3). In einem anderen Fall habe das Bundesgericht einem Dokument die erhöhte Glaubwürdigkeit abgesprochen, weil der beigezogene Notar nicht ausdrücklich erklärt habe, die enthaltenen Angaben geprüft zu haben (BGE 125 IV 273).
2.3
2.3.1 Nach Art. 251 Ziff. 1 StGB macht sich der Falschbeurkundung schuldig, wer eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig beurkundet oder beurkunden lässt in der Absicht, jemanden am Vermögen oder an andern Rechten zu schädigen oder sich oder einem andern einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen. Gemäss Art. 253 Abs. 1 StGB ist strafbar, wer durch Täuschung bewirkt, dass ein Beamter oder eine Person öffentlichen Glaubens eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig beurkundet, namentlich eine falsche Unterschrift oder eine unrichtige Abschrift beglaubigt. Art. 253 Abs. 1 StGB regelt einen Spezialfall der mittelbaren Falschbeurkundung. Die Tathandlung besteht im Bewirken einer inhaltlich unwahren Beurkundung durch Täuschung, wobei die Täuschung den Vorsatz der Urkundsperson ausschliessen muss.

Die Falschbeurkundung betrifft die Errichtung einer echten, aber unwahren Urkunde, bei der also der wirkliche und der in der Urkunde enthaltene Sachverhalt nicht übereinstimmen. Nach der Rechtsprechung liegt eine qualifizierte schriftliche Lüge im Sinne der Falschbeurkundung nur vor, wenn der Urkunde eine erhöhte Glaubwürdigkeit zukommt und der Adressat ihr daher ein besonderes Vertrauen entgegenbringt. Dies ist der Fall, wenn allgemein gültige objektive Garantien die Wahrheit der Erklärung gegenüber Dritten gewährleisten, wie sie unter anderem in der Prüfungspflicht einer Urkundsperson oder in gesetzlichen Vorschriften liegen, die, wie etwa die Bilanzvorschriften der Art. 958 ff. OR, den Inhalt bestimmter Schriftstücke näher festlegen (BGE 117 IV 35 E. 1; zuletzt 126 IV 65 E. 2 a).
2.3.2 Die Vorinstanz stellt verbindlich fest, der Beschwerdeführer habe zusammen mit den Mitbeteiligten durch Täuschung des Vertreters des öffentlichen Notars vorsätzlich bewirkt, dass der mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmende Baurechtsvertrag öffentlich beurkundet wurde. Insoweit ist der Tatbestand von Art. 253 StGB offensichtlich erfüllt. Zu prüfen bleibt die allein umstrittene Frage, ob die Umstände, unter welchen die Beurkundung stattfand, gegen die erhöhte Glaubwürdigkeit der Urkunde sprechen beziehungsweise eine gültige öffentliche Beurkundung gar nicht vorliegt oder ob diese Umstände im Rahmen von Art. 253 StGB bedeutungslos sind.
2.3.3 Art. 9 Abs. 1 ZGB statuiert die gesetzliche Vermutung, wonach öffentliche Urkunden den vollen Beweis für die bezeugten Tatsachen erbringen. Zwar kann diese Vermutung durch den Nachweis der Unrichtigkeit der bezeugten Tatsachen widerlegt werden, doch ändert das daran nichts, dass der öffentlichen Urkunde als solcher kraft gesetzlicher Vermutung erhöhte Glaubwürdigkeit zukommt.

Die gesetzliche Vermutung beruht materiell zwar auf der Wahrheitspflicht der Erklärenden und auf der Prüfungs-

pflicht der Urkundsperson. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Urkunde ihre Qualität als eine öffentliche und damit besonders glaubwürdige Urkunde verlöre, wenn die Erklärenden pflichtwidrig unwahre Tatsachen verurkunden lassen oder wenn die Urkundsperson ihrer Prüfungspflicht nicht nachkommt. Es ist deshalb bedeutungslos, ob sich der Notar gemäss aargauischer Notariatsordnung bei der Vorbereitung des Beurkundungsvorganges durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen und ob er auf die persönliche Befragung der Parteien verzichten durfte (vgl. auch Markus Boog, in: Niggli/Wiprächtiger, Hrsg., Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, Art. 253 N. 4 ff.). Die erhöhte Glaubwürdigkeit des Baurechtsvertrags knüpft sich allein an das formelle Kriterium seiner öffentlichen Beurkundung, die als solche unbestritten ist und auf welche Dritte kraft Gesetzes und Verkehrsübung vertrauen und vertrauen dürfen. Die Tatbestände des Urkundenstrafrechts schützen das Vertrauen, welches im Rechtsverkehr einer Urkunde als einem Beweismittel entgegengebracht wird. In der im formellen Kriterium der öffentlichen Beurkundung begründeten besonderen
Glaubwürdigkeit öffentlicher Urkunden liegt der Grund für den besonderen strafrechtlichen Schutz, den Art. 253 StGB der Wahrheit und der Glaubwürdigkeit öffentlicher Urkunden gewährt.

In casu ist die fehlende persönliche Befragung durch den Notar auch deshalb nicht von Belang, weil die Parteien ohnehin die Absicht hatten, eine Falschbeurkundung zu erschleichen. Es gibt keine Hinweise darauf, dass der Beschwerdeführer, der an der Ausarbeitung des tatsachenwidrigen Vertrages massgeblich beteiligt war, den wahren Vertragsinhalt kund gegeben hätte, wenn er vom Notar persönlich befragt worden wäre.
2.3.4 Die Beschwerde ist schliesslich auch insoweit unbegründet, als sich der Beschwerdeführer auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung bezieht: In BGE 110 II 1 stellte das Bundesgericht fest, dass die öffentliche Urkunde nur Beweis erbringe dafür, was die Urkundsperson zu prüfen hatte und was von ihr auch geprüft werden konnte. Das Bundesgericht äusserte sich also zum Umfang der Prüfungspflicht des Notars und zu dessen Möglichkeit, dieser Pflicht in Bezug auf bestimmte Urkundeninhalte auch nachzukommen. Dass die Gültigkeit der Urkunde als einer öffentlichen von der faktischen materiellen Prüfung des Urkundeninhalts durch den Notar abhängen würde, kann aus diesem Entscheid nicht abgeleitet werden. Ebenso wenig vermag BGE 125 IV 273 die Auffassung des Beschwerdeführers zu stützen: In diesem Fall hat das Bundesgericht zwar die besondere Glaubwürdigkeit einer Urkunde und damit die Strafbarkeit einer Falschbeurkundung verneint, weil der beteiligte Notar nicht explizit die Wahrheit von bestimmten Dokumenten erklärt hatte, doch handelte es sich bei diesen Dokumenten gerade nicht um öffentliche Urkunden.
3.
Die Beschwerde ist demnach abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Kosten zu tragen (Art. 278 Abs. 1 BStP).
Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 6. März 2003
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: