Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.71/2002 /pai

Urteil vom 20. September 2002
Kassationshof

Bundesrichter Schubarth, Präsident,
Bundesrichter Schneider, Kolly,
Gerichtsschreiber Weissenberger.

Y._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Paul Baumgartner, Seebahnstrasse 85, Postfach, 8036 Zürich,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen, Spisergasse 15, 9001 St. Gallen.

Urkundenfälschung; Erschleichung einer Falschbeurkundung; (eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen, Strafkammer, vom 19. November 2001).

Sachverhalt:
A.
Der als Treuhänder tätige Y._____ wurde von Z._____ im Frühjahr 1994 mit der Sanierung seiner Einzelfirma "A. Z._____" in Kaltbrunn beauftragt. Y._____ erarbeitete einen Sanierungsplan, der die Liquidation der Einzelfirma Z._____ und die Weiterführung des Betriebes in einer zu gründenden neuen Firma vorsah. Dieser Plan wurde umgesetzt und die Einzelfirma "A. Z._____" im Handelsregister gelöscht. Mit der Weiterführung des Betriebs beauftragte Y._____ auf Stundenbasis X._____. Dieser mietete ab dem 1. Juli 1994 die Geschäftsliegenschaft von Z._____, mit Vertrag vom 28. Juli 1994 auch den Maschinenpark, die Fahrzeuge und das übrige Anlagevermögen. Am 26. August 1994 wurde die Einzelfirma "X._____ I." Kaltbrunn (nachfolgend X._____ Einzelfirma) im Handelsregister eingetragen. In der Folge wurde der Betrieb von Z._____ geleitet, ab dem 10. Juni 1996 von B._____. Am 9. September 1996 wurde über Z._____ der Konkurs eröffnet.

Am 15. November 1996 gründete X._____ zusammen mit dem damaligen Geschäftsführer seiner Einzelfirma und einer dritten Person vor dem Notariat Zürich-Fluntern die "C._____ AG" (nachfolgend kurz C._____ AG). Das Aktienkapital der Gesellschaft wurde auf Fr. 100'000.– festgesetzt und in 100 vinkulierte Namensaktien zu je Fr. 1'000.– eingeteilt. 98 dieser Aktien übernahm X._____, je eine seine beiden Geschäftspartner. Während die beiden Aktien bar liberiert wurden, liberierte X._____ die von ihm gezeichneten 98 Aktien durch Sacheinlage gemäss Vertrag vom 5. November 1996. Nach diesem Vertrag brachte er seine Einzelfirma mit angegebenen Aktiven von Fr. 583'054.54 und Passiven von Fr. 464'267.48 gemäss Übernahmebilanz per 30. September 1996 in die zu gründende Aktiengesellschaft ein. Der vom 5. November 1996 datierende Gründungsbericht wurde von den drei Aktienzeichnern unterschrieben. Darin bestätigten sie unter anderem die Angemessenheit und Gültigkeit der Bewertung der Sacheinlagen. Am 6. November 1996 stellte Y._____ die Prüfungsbestätigung nach Art. 635a OR aus, worin er erklärte, die Angaben im Gründungsbericht seien vollständig und richtig und entsprächen den gesetzlichen Vorschriften. Die neue Gesellschaft wurde am 4. Dezember 1996 in das Handelsregister eingetragen. Am 13. Juni 1997 wurde über sie der Konkurs eröffnet.

Im Verlauf des Konkursverfahrens stellte das zuständige Konkursamt fest, dass sich in der Übernahmebilanz

per 30. September 1996 unter den Aktiven eine Forderung über Fr. 67'319.65 gegen den am 9. September 1996 Konkurs gegangen Z._____ befand. Zudem stellte sich heraus, dass X._____ am 15. November 1996 zwei Maschinen im Anrechnungswert von Fr. 58'244.15 in die C._____ AG einbrachte, obwohl diese bereits am 5. November 1996 in seinem Beisein vom Betreibungsamt Stäfa gepfändet worden waren (angefochtener Entscheid, S. 4 f.).
B.
Mit Urteil vom 28. Juni 2000 sprach die Gerichtskommission C._____ Y._____ von der Anklage der unwahren Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden frei, sprach ihn jedoch schuldig der Urkundenfälschung, der Erschleichung einer falschen Beurkundung und der unwahren Angaben über kaufmännische Gewerbe. Es verurteilte ihn deswegen zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 5 Monaten und zu einer Busse von 5'000 Franken.

Am 19. November 2001 sprach das Kantonsgericht St. Gallen Y._____ von der Anklage der unwahren Angaben über kaufmännische Gewerbe und der unwahren Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden frei. Mit gleichem Entscheid verurteilte es ihn wegen Urkundenfälschung und Erschleichung einer falschen Beurkundung zu 4 Monaten Gefängnis bedingt.
C.
Y._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, es sei der Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen im Schuldspruch aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Kantonsgericht St. Gallen hat auf eine Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Der Beschwerdeführer stellt die Erwägungen der Vorinstanz zur Urkundenqualität der Übernahmebilanz der X._____ Einzelfirma ausdrücklich nicht in Frage (Beschwerde, S. 4). Er macht jedoch geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, der wirkliche und der verurkundete Sachverhalt zur Werthaltigkeit der als Aktivum bilanzierten Forderung gegen Z._____ hätten nicht übereingestimmt. Die X._____ Einzelfirma habe ein Retentionsrecht an den von Z._____ gemieteten Gegenständen gehabt, das sie zur Sicherung der Geldforderung gegen diesen habe geltend machen können. Der Umstand, dass weder X._____ noch die von ihm mehrheitlich kontrollierte C._____ AG das fragliche Retentionsrecht im Konkurs von Z._____ angemeldet hätten, ändere nichts an dessen Bestand und damit an einer Sicherheit für die Geldforderung im allein massgebenden Zeitpunkt der Erstellung der Übernahmebilanz. Ihm könne das passive Verhalten der Gläubiger im Konkurs von Z._____, mit welchem sie das Retentionsrecht verwirkt hätten, nicht angelastet werden (Beschwerde, S. 4-8).

Die Vorinstanz habe ferner angenommen, bei der Forderung von Fr. 67'319.65 gegen Z._____ handle es sich ursprünglich um Honorarforderungen des Beschwerdeführers, welche dieser später an X._____ zediert habe. Die "Genese" der Forderung sei aber von den Vorinstanzen nicht abgeklärt worden. Abgesehen davon habe die Vorinstanz Bundesrecht verletzt, indem sie ein Retentionsrecht der X._____ Einzelfirma mangels Konnexität verneint habe. Sowohl die mietweise Überlassung der Betriebsstätten und des Maschinenparks der früheren Firma von Z._____ an die Einzelfirma X._____ als auch die an X._____ abgetretenen Honorarforderungen hätten aus den Sanierungsbemühungen des Beschwerdeführers "resultiert". Angesichts der im kaufmännischen Bereich "wesentlich gelockerten" Anforderungen für die Annahme von Konnexität sei daher entgegen der Auffassung der Vorinstanz davon auszugehen, dass im Zeitpunkt der Erstellung der Übernahmebilanz per 30. September 1996 sämtliche Voraussetzungen für die Entstehung eines Retentionsrechts gegeben gewesen seien. Die fragliche Forderung sei damit wertgesichert gewesen, weshalb keine Falschbeurkundung vorliege (Beschwerde, S. 8 ff.).
1.1 Der Beschwerdeführer rügt die Feststellung der Vorinstanz als bundesrechtswidrig, wonach die fragliche Forderung im Zeitpunkt der Erstellung der Übernahmebilanz der X._____ Einzelfirma nicht werthaltig gewesen sei. Soweit der Beschwerdeführer die rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz dazu in Frage stellt, ist auf die Beschwerde einzutreten. Nicht zu hören ist er hingegen, soweit er sich gegen die Feststellungen der Vorin-

stanz zur Entstehung und späteren Zession der Forderung gegen Z._____ zu wenden scheint (Beschwerde, S. 9). Es handelt sich dabei um tatsächliche Feststellungen, die für das Bundesgericht im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde verbindlich sind (Art. 277bis Abs. 1 BStP).
1.2 Die Vorinstanz stellt fest, dass der Beschwerdeführer im Vorfeld des Konkurses von Z._____ seine Honorarforderung gegen diesen in der Höhe von Fr. 92'462.40 an X._____ zedierte. Bei der in der Übernahmebilanz der X._____ Einzelfirma vom 30. September 1996 aktivierten Debitorenposition über Fr. 67'319.65 handelt es sich um einen Teil der abgetretenen Honorarforderung (angefochtener Entscheid, S. 10). Der Beschwerdeführer wusste beim Erstellen der Übernahmebilanz, dass über Z._____ der Konkurs eröffnet worden war und die Forderung nur noch im Konkurs geltend gemacht werden konnte (Urteil Gerichtskommission C._____, S. 12; angefochtener Entscheid, S. 11). Fest steht sodann, dass gegenüber der Konkursmasse Z._____ zu keiner Zeit ein Retentionsrecht an den von Z._____ gemieteten Objekten geltend gemacht wurde. X._____ erklärte nach Konkurseröffnung die Verrechnung fällig werdender Mietzinse mit der Forderung, was nach Art. 213 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nicht zulässig war. In der Folge meldete X._____ die Forderung im Konkurs an. Die Konkursverwaltung kollozierte sie zunächst in die 5. Klasse, strich sie jedoch wieder im Kollokationsplan, nachdem eine Gläubigerin Klage erhoben und X._____ diese anerkannt
hatte. Die Gläubiger der 5. Klasse im Konkurs von Z._____ gingen vollständig leer aus (angefochtener Entscheid, S. 9).
Die Vorinstanz schliesst daraus, die fragliche Forderung sei im Zeitpunkt der Erstellung der Übernahmebilanz vom 30. September 1996 "nicht im Geringsten" werthaltig gewesen und habe deshalb einen "Nonvaleur" dargestellt (angefochtener Entscheid, S. 9).
1.3 Bei der Errichtung von Inventar, Betriebsrechnung und Bilanz sind alle Aktiven höchstens nach dem Werte anzusetzen, der ihnen im Zeitpunkt, auf welchen die Bilanz errichtet wird, für das Geschäft zukommt (Art. 960 Abs. 2 OR). Die Aktiven sind damit grundsätzlich je einzeln zu bewerten (Käfer, Berner Kommentar, Art. 960 N 178). Bei Debitorenpositionen entspricht der Wert für das Geschäft den zu erwartenden zukünftigen Geldeinnahmen. Zweifelhafte Forderungen sind entweder im Inventar auf der Aktivseite abzuziehen oder in der Bilanz auf der Passivseite im Wert zu berichtigen (Bossard, Zürcher Kommentar, Art. 958 N 69, 960 N 121 f.; Käfer, a.a.O., Art. 960 N 213). Das Kreditrisiko ist nach den gegebenen Umständen und notwendigen Erhebungen zu schätzen. Ist ein Debitor im Nachlass- oder Konkursverfahren, hat die Gläubigerin nach den erhältlichen Informationen die voraussichtliche Dividende in Erfahrung zu bringen; in diesen Fällen ist es nicht zulässig, für das Bonitätsrisiko auf bloss statistisch durchschnittliche Inkassorisiken abzustellen, sondern es ist zu ermitteln, ob und inwieweit die termingemässe Zahlung gefährdet oder überhaupt ganz oder teilweise unwahrscheinlich ist. Die Differenz zum Forderungsbetrag ist bei der
Ermittlung des mindestens für diese Position zu bilanzierenden Kreditrisikos zu berücksichtigen (Bossard, a.a.O., Art. 958 N 69 und 79, Art. 960 N 70; Käfer, a.a.O., Art. 958 N 532 ff.).
1.4 Die X._____ Einzelfirma betrieb ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe und war im Handelsregister eingetragen. Sie war damit gemäss Art. 957 OR zur Buchführung verpflichtet.

Auf den massgeblichen Bilanzstichtag hin war der Debitor der X._____ Einzelfirma, Z._____, bereits in Konkurs. Eine Verrechnung mit künftigen Forderungen von Z._____ gegen die X._____ Einzelfirma war damit ausgeschlossen (Art. 213 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Der Beschwerdeführer, der als Treuhänder für Z._____ die Sanierung seiner Einzelfirma übernommen hatte, kannte dessen "desolaten" Vermögens- und Einkommensverhältnisse (angefochtener Entscheid, S. 11). Er wusste auch, dass über Z._____ am 9. September 1996 der Konkurs eröffnet worden war und die fragliche Forderung nur noch im Konkurs geltend gemacht werden konnte (Urteil Gerichtskommission C._____, S. 12; angefochtener Entscheid, S. 11). Er wäre zur Zeit der Erstellung der Übernahmebilanz der X._____ Einzelfirma nach den allgemeinen Bilanzgrundsätzen daher verpflichtet gewesen, sich bei den zuständigen Ämtern über die Aussichten einer Befriedigung aus der Konkursmasse kundig zu machen. Aus dem Umstand, dass die Gläubiger der 5. Klasse im Konkurs leer ausgingen, ergibt sich, dass ihm die Konkurs- und Betreibungsämter keine günstigen Aussichten auf eine Konkursdividende vermittelt hätten. Dementsprechend hätte er die Forderung gegen Z._____ gänzlich oder doch zumindest sehr weitgehend abschreiben müssen. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass die X._____ Einzelfirma als Mieterin Wertgegenstände von Z._____ in ihrem Besitz hatte. Bis zum Bilanzstichtag hatte die Gläubigerin (X._____ Einzelfirma) nämlich kein Retentionsrecht an den Mietsachen im Konkurs des Z._____ geltend gemacht. Zudem hätte eine vorsichtige Bilanzierung das vorgängige Abklären

des Bestandes eines solchen Retentionsrechtes erfordert. Die unverifizierte Annahme eines Retentionsrechts, das zudem im Konkurs des Debitors nicht angemeldet worden war, vermochte angesichts der damit verbundenen grossen Ungewissheiten den Wert der Debitorenposition nicht zu heben. Dies nicht zuletzt auch deshalb nicht, weil selbst ein im Konkurs angemeldetes Retentionsrecht von den übrigen Gläubigern mit guten Erfolgsaussichten hätte bestritten werden können (angefochtenes Urteil, S. 10). Ob die für ein Retentionsrecht notwendige Konnexität mit der Forderung im Sinne von Art. 895 Abs. 1 ZGB gegeben war oder nicht, braucht damit nicht abschliessend beantwortet zu werden. Die genannten mehrfachen Ungewissheiten erlaubten es dem Beschwerdeführer nach den allgemeinen Bilanzgrundsätzen nicht, die Forderung gegen Z._____ in der Übernahmebilanz vom 30. September 1996 zu aktivieren.

Ausgehend davon hat die Vorinstanz ohne Bundesrecht zu verletzen den objektiven Tatbestand der Falschbeurkundung gemäss Art. 251 Ziff. 1 StGB als erfüllt betrachtet. Die Beschwerde ist insoweit unbegründet.

2.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht Vorsatz bejaht und damit Art. 18 Abs. 2 StGB verletzt. Aus einer "rein büromässigen und bürotechnischen Verfertigung einer rechtlich wesentlichen Erklärung für eine andere Person", wie dies hier der Fall gewesen sei, dürfe nicht auf einen Fälschungsvorsatz geschlossen werden. Dies umso weniger, als der Beschwerdeführer den Wert des fraglichen Maschinenparks sehr sorgfältig ermittelt habe (Beschwerde, S. 10 ff.).

2.1 Zum subjektiven Tatbestand der Falschbeurkundung im Sinne von Art. 251 Ziff.1 Abs. 2 StGB führt die Vorinstanz aus, der Beschwerdeführer habe die Forderung gegen Z._____ im Umfang von Fr. 67'319.65 wissentlich und willentlich in die Übernahmebilanz aufgenommen. Hinsichtlich seines Wissens um die fehlende Werthaltigkeit der Forderung stehe fest, dass der Beschwerdeführer im Frühjahr 1994 von Z._____ beauftragt worden sei, dessen finanziellen Verhältnisse neu zu regeln. Im Herbst 1996, als es um die Gründung der C._____ AG gegangen sei, habe der Beschwerdeführer die "desolaten" finanziellen Verhältnisse von Z._____ gekannt. Auch habe ihm nicht entgangen sein können, dass über diesen am 9. September 1996 der Konkurs eröffnet worden war. Zudem sei der Beschwerdeführer im Herbst 1996 nicht von einer Retentionssicherheit ausgegangen, ansonsten er in dem von ihm aufgesetzten und an das Konkursamt Kaltbrunn gerichteten Schreiben vom 6. November 1996 ein solches Recht geltend gemacht hätte. Ausgehend davon habe der Beschwerdeführer mit der Aktivierung der Forderung über Fr. 67'319.65 die Unwahrheit der Übernahmebilanz zumindest eventualvorsätzlich in Kauf genommen. Was die Schädigungs- bzw. Vorteilsabsicht betreffe, sei zu berücksichtigen, dass das vom Beschwerdeführer ausgearbeitete Konzept zur Sanierung des Betriebes von Z._____ vorgesehen habe, dass X._____ die Firma in eigenem Namen weiterführe. Auf Grund des schlechten Geschäftsganges habe X._____ vom Beschwerdeführer in der Folge mehrmals gefordert, die Einzelfirma X._____ zur Verminderung seines persönlichen Geschäftsrisikos in eine Aktiengesellschaft umzuwandeln. Bei der Erstellung der unwahren Übernahmebilanz per 30. September 1996 sei es dem Beschwerdeführer offensichtlich darum gegangen, eine Sacheinlagegründung zu ermöglichen und auf diesem Weg die persönliche Haftung seines stundenweisen Mitarbeiters X._____ aufzuheben. Damit sei nach Art. 251 Ziff. 1 StGB erforderliche Vorteilsabsicht gegeben (angefochtener Entscheid, S. 11 f.).

2.2 Diesen Erwägungen ist kaum etwas hinzuzufügen. Nach den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ging der Beschwerdeführer bei der Erstellung der Übernahmebilanz nicht davon aus, dass die Forderung gegen Z._____ retentionsgesichert war (angefochtener Entscheid, S. 11). Er kannte ferner die "desolaten", also trostlosen Vermögensverhältnisse von Z._____ und den Umstand, dass über diesen am 9. September der Konkurs eröffnet worden war (vgl. oben E. 1.1). Wenn die Vorinstanz daraus schliesst, der Beschwerdeführer habe bei der Erstellung der fraglichen Übernahmebilanz zumindest in Kauf genommen, dass die von ihm als Aktivum bilanzierte Debitorenposition in Wahrheit wertlos war, ist dies bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

2.3 Der Beschwerdeführer wendet sich nicht gegen die Ausführungen der Vorinstanz zu seiner Absicht, X._____ einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen. Die Vorinstanz hat den subjektiven Tatbestand des Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 StGB auch insoweit zutreffend bejaht.

3.

Der Beschwerdeführer verzichtet auf Ausführungen zu seiner Verurteilung wegen Erschleichung einer Falschbeurkundung im Sinne von Art. 253 StGB, weil diese im Falle einer Gutheissung im Schuldspruch wegen Falschbeurkundung ebenfalls aufzuheben sei (Beschwerde, S. 12). Auf die Beschwerde ist insoweit mangels

Begründung nicht einzutreten (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP).
4.
Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Damit trägt der Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens (Art. 278 Abs. 1 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen und dem Kantonsgericht St. Gallen, Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 20. September 2002
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: