Urteilskopf

119 IV 319

60. Urteil des Kassationshofes vom 22. Dezember 1993 i.S. B. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 251 Ziff. 1 und Art. 253 StGB; Art. 633 Abs. 4 OR a.F.; Art. 714, 884 und 922-924 ZGB; Sacheinlage; freie Verfügbarkeit; unrichtige Beurkundung einer rechtlich erheblichen Tatsache.

Überträgt der Sacheinleger der Gesellschaft Fahrnis zu Eigentum, hinsichtlich deren ein Dritter einen obligatorischen Anspruch auf Einräumung eines Pfandrechts hat, kann die Gesellschaft darüber frei verfügen. Soweit im Sacheinlagevertrag und in der Gründungsurkunde die freie Verfügbarkeit der Gesellschaft bestätigt wird, wird daher keine Tatsache unrichtig beurkundet.

Regeste (fr):
Art. 251 ch. 1 et art. 253 CP; art. 633 al. 4 ancien CO; art. 714, 884 et 922-924 CC; apport en nature; libre disposition; constatation fausse dans un titre d'un fait ayant une portée juridique.

Lorsque le souscripteur remet à la société un bien mobilier pour qu'elle en soit propriétaire, elle peut en disposer librement, même si un tiers a un droit personnel à la constitution d'un gage sur ce bien. Dans la mesure où, dans le contrat d'apport en nature et dans l'acte de fondation, la libre disposition de la société est constatée, cela ne constitue pas un faux dans les titres.

Regesto (it):
Art. 251 n. 1 e art. 253 CP; art. 633 cpv. 4 previgente CO; art. 714, 884 e 922-924 CC; conferimento in natura; libera disponibilità; falsa attestazione in un documento pubblico di un fatto di portata giuridica.

Ove il sottoscrittore conferisca alla società un bene mobile perché essa ne divenga proprietaria, la società può disporne liberamente, anche se un terzo ha un diritto personale alla costituzione di un pegno su tale bene. Nella misura in cui nel contratto di conferimento in natura e nell'atto costitutivo della società è attestato che la società dispone liberamente del bene di cui trattasi, non è quindi data una falsa attestazione di un fatto.

Sachverhalt ab Seite 320

BGE 119 IV 319 S. 320

A.- Am 11./16. Mai 1988 schlossen B. und die Bank L. (im folgenden kurz: Bank) einen "Pfandvertrag mit Abtretungserklärung". Danach räumte B. der Bank ein allgemeines Pfandrecht ein für sämtliche Möbelwerte seines Warenlagers in M. Er trat alle Ansprüche aus dem Verkauf und Erlös oder allfälliger Liquidation des Warenlagers an die Bank ab. Im weiteren räumte er der Bank das Recht ein, bei Nichterfüllen seiner Verpflichtungen das gesamte Warenlager freihändig zu verwerten. Überdies verpflichtete er sich, die Möbelstücke in einwandfreiem und gut absetzbarem Zustand zu unterhalten. Die Bank verzichtete, obwohl allgemein üblich, bis auf weiteres auf die verschlossene Einlagerung in einem Lagerhaus im Vertrauen darauf, dass B. die vertraglichen Bestimmungen einhalte. Sie behielt sich jedoch das Recht vor, jederzeit Stichproben im Lager vorzunehmen und bei Verletzung der getroffenen Vereinbarungen das Möbellager unter Verschluss zu nehmen. Am

29. Juli 1988 schlossen B. und die C. AG in Gründung einen Sacheinlagevertrag ab. Dieser bestimmt folgendes: "Die C. AG (...) übernimmt von B. folgende derzeit im Möbellager der H. AG in M. liegenden Sachwerte: (folgt Aufstellung) im totalen Verkaufswert von Fr. 53'200.–. Der Übernahmepreis wird dadurch getilgt, dass dem Sacheinleger B. 48 und Herrn X. [zu ergänzen: 2]als voll liberiert geltende Aktien der Gesellschaft zuerkannt werden und Sacheinleger B. überdies Fr. 3'200.– in den Büchern der Gesellschaft



gutgeschrieben erhält."
Am 17. August 1988 erfolgte in Anwesenheit u.a. von B. im Amtslokal des Notariates O. die öffentliche Beurkundung der Gründung der C. AG mit einem Grundkapital von Fr. 100'000.–, eingeteilt in 100 Namenaktien zu je Fr. 1'000.–. 50 Aktien wurden von Y. bar liberiert. 48 Aktien von B. sowie zwei Aktien von X. wurden liberiert aufgrund des Sacheinlagevertrages vom 29. Juli 1988. Insbesondere wurde bestätigt, die Gesellschaft könne über die eingebrachten Vermögenswerte frei verfügen.

B.- B. wurde angeklagt wegen Betrugsversuches gegenüber dem Mitgründer Y., wegen Falschbeurkundung durch Erstellung eines inhaltlich unrichtigen Sacheinlagevertrages sowie Erschleichung einer Falschbeurkundung, begangen dadurch, dass die öffentliche Beurkundung der Gründung der C. AG gestützt auf den unrichtigen Sacheinlagevertrag erschlichen worden sei. Am 30. März 1992 sprach das Bezirksgericht Winterthur B. von der Anklage des Betrugsversuches frei. Dagegen befand es ihn schuldig der Urkundenfälschung (Falschbeurkundung) sowie der Erschleichung einer Falschbeurkundung und bestrafte ihn mit fünf Monaten Gefängnis, bedingt bei einer Probezeit von zwei Jahren.

C.- Am 15. Januar 1993 bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich dieses Urteil.

D.- Auf eine dagegen erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde trat das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 24. Juli 1993 nicht ein.

E.- B. führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Hauptantrag, das Urteil des Obergerichts aufzuheben, sowie verschiedenen Nebenanträgen.

F.- Das Obergericht hat auf Gegenbemerkungen, die Staatsanwaltschaft auf eine Vernehmlassung verzichtet. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut

Erwägungen

aus folgenden Erwägungen:

1. a) Das Bezirksgericht nimmt an, ein Sacheinlagevertrag habe zu garantieren, dass über den Gegenstand der Einlage frei verfügt werden könne. Der Beschwerdeführer habe deshalb mit der Unterzeichnung des inhaltlich unrichtigen Sacheinlagevertrages eine Falschbeurkundung begangen. Aufgrund des Pfandvertrages seien zwar die Möbel aus sachenrechtlicher Sicht weiterhin im Besitze des Beschwerdeführers geblieben; ein den Anforderungen von Art. 884

ZGB genügendes rechtsgültiges Pfandrecht sei nicht begründet worden. Jedoch seien die Gegenstände ihrem Wert nach nicht mehr dem Beschwerdeführer, sondern der Bank zugestanden. Wirtschaftlich seien die Gegenstände wertlos gewesen, die der Beschwerdeführer in die neu zu gründende Gesellschaft habe einbringen wollen. Aus diesem Grunde sei auch der Tatbestand der Erschleichung einer Falschbeurkundung gegeben. Die Vorinstanz folgt dem weitgehend. Die Bank habe kein Faustpfand an den Möbeln erhalten, weil die Pfandgegenstände nicht in ihren Besitz übergegangen seien. Es seien einzig obligatorische Verpflichtungen des Beschwerdeführers gegenüber der Bank begründet worden. Streitig und verfahrensentscheidend sei, ob der Beschwerdeführer über die im Sacheinlagevertrag aufgeführten Möbelstücke frei verfügen konnte. Es sei gerade der Zweck des Sacheinlagevertrages, die Tatsache der freien Verfügbarkeit der in die zu gründende Gesellschaft einzubringenden Sache zumindest im Umfange der Liberierung zu garantieren. Aufgrund des Pfandvertrages sei die freie Verfügbarkeit zu verneinen. Zwar weise dieser eine Besonderheit auf, da die Bank als Pfandgläubigerin bis auf weiteres auf die verschlossene Einlagerung in einem Lagerhaus verzichtet habe. Die vom Beschwerdeführer als Sacheinlage in die zu gründende Gesellschaft eingebrachten Möbel seien ihrem Werte nach nicht mehr ihm, sondern der Bank zugestanden. Wirtschaftlich seien somit die eingelagerten Möbel von vornherein nicht mehr dem Vermögen des Beschwerdeführers zuzurechnen gewesen. Wegen der auf den Möbeln liegenden obligatorischen Belastung habe die zu gründende Gesellschaft nicht von Anfang an über den Gegenstand der Einlage frei und unbeschwert verfügen können. b) Der Beschwerdeführer wendet im wesentlichen ein, er habe die Möbel als deren Eigentümer der zu gründenden Aktiengesellschaft verkaufen oder als Sacheinlage einbringen können auch dann, wenn er obligatorisch verpflichtet gewesen sei, die Möbel der Bank zur Verfügung zu halten.

2. a) Gemäss Art. 253 StGB macht sich wegen Erschleichung einer Falschbeurkundung strafbar, wer durch Täuschung bewirkt, dass ein Beamter oder eine Person öffentlichen Glaubens eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig beurkundet. Zu prüfen ist, ob der Notar unrichtig beurkundet hat, dass die Gesellschaft über die eingebrachten Vermögenswerte frei verfügen könne. Art. 4 der Statuten, der in der Gründungsurkunde besonders genehmigt wurde, bestimmt, was folgt:



"Die Gesellschaft übernimmt von B. (...) gemäss Sacheinlagevertrag vom 29. Juli 1988 diverse im Möbellager der A. AG in M. liegende fabrikneue Möbel im Werte und zum Preise von Franken 53'200.–. Der Übernahmepreis wird dadurch getilgt, dass dem Sacheinleger B. 48 und Herrn X. zwei als voll liberiert geltende Namenaktien zu Fr. 1'000.– der Gesellschaft zuerkannt und dem Sacheinleger B. überdies Fr. 3'200.– im Kontokorrent gutgeschrieben werden." b) Der Beschwerdeführer hat als (Mit-)Gründer sowohl die Gründungsurkunde wie auch die Statuten unterzeichnet. aa) Entscheidend dafür, ob die Möbel mit der Unterzeichnung der Gründungsurkunde aus dem Eigentum des Beschwerdeführers in dasjenige der Gesellschaft übergegangen sind, sind die Regeln betreffend die Übertragung von Fahrniseigentum. Danach bedarf es des Überganges des Besitzes auf den Erwerber (Art. 714 Abs. 1 ZGB). Der Besitz wird übertragen durch die Übergabe der Sache selbst. Die Übergabe ist vollzogen, sobald sich der Empfänger mit Willen des bisherigen Besitzers in der Lage befindet, die Gewalt über die Sachen auszuüben (Art. 922 ZGB). Geschieht die Übergabe unter Abwesenden, so ist sie mit der Übergabe der Sache an den Empfänger oder dessen Stellvertreter vollzogen (Art. 923 ZGB). Ohne Übergabe kann der Besitz einer Sache erworben werden, wenn ein Dritter aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses im Besitz der Sache verbleibt (Art. 924 Abs. 1 ZGB). Gegenüber dem Dritten ist dieser Besitzesübergang erst dann wirksam, wenn ihm der Veräusserer davon Anzeige gemacht hat (Art. 924 Abs. 2 ZGB). In tatsächlicher Hinsicht ist nicht festgestellt, ob sich die Möbel zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Gründungsurkunde in einem Möbellager befanden, das unter der Verfügungsmacht eines Dritten stand, oder ob der Beschwerdeführer selbst alleinige Verfügungsmacht über das Lager hatte. Die Frage kann jedoch

offenbleiben, wenn der Besitz so oder so übergegangen ist. Nimmt man an, dass der Beschwerdeführer unmittelbarer Besitzer der Möbel war, dann liegt in der Gründungsurkunde ein Besitzvertrag, mit welchem der Besitz vom Beschwerdeführer auf die Gesellschaft übertragen wurde. Dabei haben die Gründer, die zugleich als Verwaltungsrat für die erste Amtsdauer bestellt wurden, als Vertreter der Gesellschaft dem Besitzvertrag zugestimmt (vgl. STARK, Berner Kommentar zum Sachenrecht, 2. Aufl., 1984, Art. 922 N. 16 und Art. 923 N. 9 ff.). Nimmt man dagegen an, dass sich die Möbel zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Gründungsurkunde im Besitz eines Dritten befunden haben, dann ergibt sich der Übergang des Besitzes vom



Beschwerdeführer an die Gesellschaft aus Art. 924 ZGB. Auch danach geht der Besitz aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Veräusserer und dem Erwerber über (STARK, a.a.O., Art. 924 N. 15). Eine Mitteilung an den unselbständigen Besitzer über die Übertragung des Besitzes ist dabei nicht Gültigkeitsvoraussetzung (STARK, a.a.O., Art. 924 N. 22 und 25; HINDERLING, Schweizerisches Privatrecht V/1, S. 437). Der Besitz geht im Moment des Besitzvertrages über, womit, wenn damit ein dingliches Recht übertragen werden soll und ein gültiges Kausalgeschäft vorliegt, der Erwerber auch dinglich berechtigt wird. Der Zeitpunkt der Mitteilung an den unmittelbaren Besitzer ist belanglos (STARK, a.a.O., Art. 924 N. 43; LIVER, Schweizerisches Privatrecht V/1, S. 322). bb) Damit hat die C. AG nicht nur ein obligatorisches Recht auf Übertragung des Eigentums an den Möbeln erlangt. Vielmehr wurde auch der Besitz und damit das Eigentum an den Möbeln vom Beschwerdeführer auf die Gesellschaft übertragen. Da die Bank kein Pfandrecht an den Möbeln hatte, sondern nur einen obligatorischen Anspruch auf Einräumung eines Faustpfandes, erwarb die Gesellschaft das Eigentum an den Möbeln ohne jede Pfandbelastung. Da umgekehrt der Beschwerdeführer mit der Unterzeichnung der Gründungsurkunde sein Eigentum an den Möbeln verloren hat, konnte die Bank ihren obligatorischen Anspruch auf Begründung eines Faustpfandes an den Möbeln nicht mehr durchsetzen. Dass der Beschwerdeführer durch sein Vorgehen möglicherweise vertragsbrüchig geworden ist - möglicherweise deshalb, weil nicht geklärt ist, ob er die Bank schadlos gehalten hat -, ändert daran nichts. Denn dafür hat nur er persönlich, nicht aber die Gesellschaft, einzustehen. cc) Zu Unrecht berufen sich die kantonalen Instanzen auf Art. 633 Abs. 4 OR a.F. (der Sache nach identisch mit Art. 634 Ziff. 2 OR n.F.). Danach gelten Sacheinlagen als Deckung nur dann, wenn die Gesellschaft mit ihrer Eintragung in das Handelsregister sofort als Eigentümerin unmittelbar darüber verfügen kann. Da die Gesellschaft hier das unbelastete Eigentum an den Möbeln erwarb, war die freie Verfügbarkeit im Zeitpunkt des Handelsregistereintrags gewährleistet. Auch die Doktrin empfiehlt, den Besitz schon vor der Eintragung der Gesellschaft an die künftige Verwaltung zu übertragen (FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht I/1, Zürich 1981, S. 303 N. 46; SIEGWART, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 633 N. 31, vgl. auch N. 32 ff.).



dd) Hinzuweisen bleibt darauf, dass der Beschwerdeführer im "Pfandvertrag mit Abtretungserklärung" alle seine Ansprüche aus dem Verkauf und Erlös des Warenlagers an die Bank abgetreten hat. Er wäre daher, nachdem er das Eigentum an den Möbeln an die Gesellschaft übertragen hatte, verpflichtet gewesen, den Gegenwert, also seine Aktien sowie den Betrag von Fr. 3'200.–, der Bank zur Verfügung zu halten. c) In der Gründungsurkunde wurden danach keine Tatsachen unrichtig beurkundet. Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer deshalb zu Unrecht wegen Erschleichung einer Falschbeurkundung verurteilt.

3. Nach dem Gesagten enthält auch der Sacheinlagevertrag keine unrichtige Tatsache. Die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Falschbeurkundung gemäss Art. 251 Ziff. 1 StGB verletzt daher ebenfalls Bundesrecht. Ob und unter welchen Voraussetzungen die Errichtung eines inhaltlich unrichtigen Sacheinlagevertrages

eine Falschbeurkundung darstellen kann, braucht damit nicht entschieden zu werden.