

BGE 80 IV 184

Bundesgericht (BGE), 1954-01-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_80_IV_184

FR: ATF 80 IV 184

IT: DTF 80 IV 184

Regeste

Regeste Art. 87 Abs. 3 AHVG. a) Wann hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Beiträge an die AHV am Lohne abgezogen? (Erw. 1a). b) Wann sind die Beiträge dem vorgesehenen Zwecke entfremdet? (Erw. 1b). c) Bestrafung nach Art. 87 Abs. 3 AHVG setzt die ordnungsgemässe Durchführung des Mahnverfahrens (Art. 14 Abs. 4 AHVG, Art. 37 VollzVo. zum AHVG) voraus (Erw. 1c). d) Vorsatz, Eventualvorsatz (Erw. 1 d, 2 d).

Regeste Art. 87 al. 3 LAVS. a) Quand l'employeur a-t-il déduit du salaire de l'employé les cotisations à l'AVS? (condid. 1a). b) Quand les cotisations sont-elles détournées de l'affectation prévue? (consid. 1b). c) Pour qu'une peine puisse être appliquée conformément à l'art. 87 al. 3 LAVS, il faut tout d'abord que la procédure de sommation ait été régulièrement suivie (art. 14 al. 4 LAVS, art. 34 RAVS) (consid. 1c). d) Intention, dol éventuel (consid. 1 d, 2 d).

Regesto Art. 87 cp. 3 LAVS. a) Quando il datore di lavoro ha dedotto le quote AVS dal salario d'un impiegato o d'un operaio (consid. 1a)? b) Quando le quote sono sottratte allo scopo cui sono destinate? (consid. 1b). c) Prima che una pena possa essere inflitta a norma dell'art. 87 cp. 3 LAVS, occorre che la procedura di diffida sia stata seguita regolarmente (art. 14 cp. 4 LAVS, art. 37 OAVS) (consid. 1c). d) Intenzione, dolo eventuale (consid. 1 d, 2 d).

Erwägungen

E. 1

Nach Art. 87 Abs. 3 AHVG ist strafbar, "wer als Arbeitgeber einem Arbeitnehmer Beiträge vom Lohn abzieht, sie indessen dem vorgesehenen Zwecke entfremdet". a) Abgezogen im Sinne dieser Bestimmung sind die Beiträge nur, wenn sie tatsächlich, nicht bloss rechnerisch, vom Lohn abgezogen werden. Tatsächlich abgezogen ist aber alles, was tatsächlich nicht ausbezahlt wird, und als Beitrag an die Alters- und Hinterlassenenversicherung abgezogen ist es, wenn der Rechtsgrund des Abzuges nach dem Willen des Arbeitgebers in der Beitragspflicht des Arbeitnehmers (Art. 5 Abs. 1, 14 Abs. 1 AHVG) liegt. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber die Mittel nicht besitzt, die ihm erlauben würden, entweder den vollen Lohn auszuzahlen oder sofort die Arbeitnehmerbeiträge an die Ausgleichskasse abzuliefern. Das Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung verlangt nicht, dass der Arbeitgeber im Zeitpunkt, in dem er dem Arbeitnehmer den um 2% gekürzten Lohn auszahlt, Geld in der Höhe von 2% des Bruttolohnes in eine besondere Kasse lege, ihm dadurch die Zweckbestimmung als abzuliefernde Arbeitnehmerbeiträge verleihe und innerhalb der gesetzlichen Frist dieses Geld an die Ausgleichskasse leite. Es begnügt sich damit, den Arbeitgeber zu verpflichten, den Lohn um 2% zu kürzen und gleichviel als Arbeitnehmerbeitrag an die Ausgleichskasse

zu bezahlen. Aus welchen Mitteln er diese Schuld erfülle, ist unerheblich; seiner Pflicht nachgekommen ist er, wenn er sie rechtzeitig überhaupt erfüllt, und verletzt hat er sie, wenn er BGE 80 IV 184 S. 188 nicht oder zu spät leistet. Daher kann auch das Vergehen des Art. 87 Abs. 3 AHVG objektiv nicht darin bestehen, dass der Arbeitgeber ganz bestimmte Mittel, insbesondere solche, die schon im Zeitpunkt der Auszahlung des gekürzten Lohnes vorhanden sein müssten, nicht abgeliefert, oder sogar erst darin, dass er sie für andere Zwecke verwendet (vgl. BGE 76 IV 178 f.), ähnlich wie jemand, der anvertrautes Gut veruntreut, sondern nur darin, dass er bis zu einem bestimmten Zeitpunkt eine gewöhnliche Geldschuld nicht tilgt. Fehlen ihm im Zeitpunkt der Auszahlung des gekürzten Lohnes die Mittel, um die Schuld gegenüber der Ausgleichskasse zu erfüllen, so wird deswegen der Abzug, den er am Lohne macht, nicht zu einem bloss rechnerischen. Ein solcher liegt vielmehr nur dann vor, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auf der ihm übergebenen Abrechnung (Zahltagstäschchen und dgl.) und allenfalls auch in den Geschäftsbüchern zwar 2% als Beitrag an die Alters- und Hinterlassenenversicherung belastet, ihm aber den Lohn trotzdem zu 100% auszahlt. b) Auch das weitere Tatbestandsmerkmal, wonach der Arbeitgeber die Beiträge des Arbeitnehmers "dem vorgesehenen Zwecke entfremdet" haben müsse ("*détournées de leur destination*"), setzt nicht voraus, dass der Täter die Mittel zur Erfüllung seiner Schuld gegenüber der Ausgleichskasse schon im Zeitpunkt der Auszahlung des gekürzten Lohnes besitze. Durch diese Wendung werden nicht ganz bestimmte dem Arbeitgeber gehörende Geldmittel zum Gegenstand des Vergehens erklärt, so dass dieses nur an ihnen, ähnlich wie die Veruntreuung im Falle des Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 StGB nur an einer ganz bestimmten Sache, begangen werden könnte. Die Wendung beruht auf einer rein wirtschaftlichen Betrachtung. Dem vorgesehenen Zwecke entfremdet sind die Beiträge des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitgeber nicht dafür sorgt, dass die finanzielle Einbusse, die der Arbeitnehmer infolge des Abzuges an seinem Lohne erleidet, sich bestimmungsgemäss zugunsten des Ausgleichsfonds der Alters- und Hinterlassenenversicherung BGE 80 IV 184 S. 189 auswirkt. Mit welchen Mitteln der Arbeitgeber seine Schuld erfülle, um das vom Gesetz verlangte wirtschaftliche Ergebnis herbeizuführen, ist unter dem Gesichtspunkt des Art. 87 Abs. 3 AHVG unerheblich. c) In BGE 76 IV 179 ist offen gelassen worden, ob das Vergehen objektiv schon vollendet sei, wenn der Arbeitgeber, der gemäss Art. 14 Abs. 1 AHVG die Beiträge periodisch, und zwar in der Regel monatlich (Art. 34 Abs. 1 lit. a VollzVo. zum AHVG), zu entrichten hat, nicht binnen der in Art. 34 Abs. 3 VollzVo. zum AHVG vorgesehenen Frist von zehn Tagen seit Ablauf der Periode zahlt, oder erst, wenn er auch die Nachfrist, die die Ausgleichskasse ihm gemäss Art. 37 VollzVo. durch eine schriftliche Mahnung anzusetzen hat, unbenützt verstreichen lässt. Die Frage ist dahin zu entscheiden, dass die ordnungsgemässe Durchführung des Mahnverfahrens Voraussetzung der Bestrafung nach Art. 87 Abs. 3 AHVG ist. Es kann nicht der Wille des Gesetzes sein, dass das Mahnverfahren, das schon in Art. 14 Abs. 4 AHVG vorgesehen ist und in der Vollzugsverordnung nur näher umschrieben wird, bloss Voraussetzung für die Einleitung der Betreibung oder (wenn der Arbeitgeber auch die für die Abrechnung nötigen Angaben unterlassen hat) für den Erlass einer Veranlagungsverfügung sei, dass der Arbeitgeber dagegen auch ohne vorherige Mahnung und Ansetzung einer Nachfrist von zehn bis zwanzig Tagen sich strafbar mache. Die Strafverfolgung ist die schärfere Massnahme als die Veranlagung von Amtes wegen und die Zwangsvollstreckung und kann daher nicht an mildere Voraussetzungen geknüpft sein. Es wäre auch nicht zu verstehen, wenn die Vergehensstrafe nach Art. 87 Abs. 3 AHVG ohne Mahnung des Säumigen ausgesprochen werden könnte, während Verhängung

einer Ordnungsbusse wegen Verletzung von Ordnungs- und Kontrollvorschriften, z.B. wegen Unterlassung der für die Abrechnung nötigen Angaben, gemäss Art. 91 AHVG und Art. 205 VollzVo. eine Mahnung, die Ansetzung einer Nachfrist und die Androhung der Folgen BGE 80 IV 184 S. 190 der Nichtbeachtung voraussetzt. Dass es Fälle gibt, in denen die Säumnis erst nach Jahren entdeckt wird, ändert nichts. Liegt die Ursache in unwahren oder unvollständigen Angaben des Arbeitgebers, so hat er sich nach Art. 87 Abs. 2 AHVG strafbar gemacht, ohne dass es einer Mahnung bedürfte. Hat dagegen das jahrelange Unterbleiben der Zahlung eine andere Ursache, so ist es nicht unbillig, wenn dem Arbeitgeber auch in diesen Fällen durch Mahnung und Ansetzung einer Nachfrist von zehn bis zwanzig Tagen Gelegenheit gegeben wird, das Versäumte nachzuholen, ehe er vor dem Strafrichter sich zu verantworten hat. Auch die Fälle von Konkurs geben zu keiner anderen Auslegung Anlass. Hat der Arbeitgeber vor der Konkurseröffnung eine Nachfrist im Sinne des Art. 37 VollzVo. unbenützt verstreichen lassen, so ist er, subjektiver Tatbestand vorausgesetzt, trotz des Konkurses zu bestrafen. Ist dagegen vor der Eröffnung des Konkurses die Nachfrist nicht angesetzt worden oder nicht abgelaufen, so kann er nicht bestraft werden, weil er mit der Konkurseröffnung das Recht der Verfügung über sein Vermögen verliert, also nicht schuldhaft handelt, wenn er die Ausgleichskasse nicht befriedigt; diese hat ihre Forderung im Konkurse einzugeben und geniesst dafür ein Vorrecht in der zweiten Klasse (Art. 219 SchKG). d) Strafbar ist der Arbeitgeber nur, wenn er das Vergehen vorsätzlich verübt, d.h. "die Tat mit Wissen und Willen ausführt" (Art. 18 Abs. 1 und 2, 333 Abs. 1 StGB). Die "Tat" besteht in einer Unterlassung: Nichterfüllung der Schuld gegenüber der Ausgleichskasse. Bewusst begeht der Täter sie, wenn er seine Schuldpflicht kennt, insbesondere, wenn er weiss, dass er oder sein Personal den Arbeitnehmern 2% als Beitrag am Lohn abgezogen und nicht an die Ausgleichskasse abgeliefert haben, und wenn er trotzdem bewusst nicht dafür sorgt, dass bezahlt wird. Gewollt verübt er die Tat, wenn er die Zahlung aus freiem Willen unterlässt, insbesondere, wenn er die Mittel zur Zahlung besitzt, aber trotzdem gewollt nicht bezahlt, aber BGE 80 IV 184 S. 191 auch dann, wenn er durch ein gewolltes Tun oder Unterlassen bewirkt, dass er im Zeitpunkt, in dem er zahlen sollte, die nötigen Mittel nicht besitzt. Eventualvorsatz genügt. Er liegt dann vor, wenn dem Täter die Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale als möglich vorschwebt und er mit ihr einverstanden ist. Auf dieses Einverständnis hat der Richter schon zu schliessen, wenn sich dem Täter der Erfolg seines Verhaltens als so wahrscheinlich aufdrängte, dass sein Verhalten vernünftigerweise nicht anders denn als Billigung dieses Erfolges ausgelegt werden kann (BGE 69 IV 78 , BGE 74 IV 83 , BGE 75 IV 5 , BGE 79 IV 34). Der Arbeitgeber, der in Kenntnis seiner Schuldpflicht bewusst und gewollt nicht dafür sorgt, dass er die Mittel zur Erfüllung seiner Schuld spätestens am letzten Tage der Mahnfrist beisammen hat, obschon ihm dies möglich wäre, ist daher auch dann strafbar, wenn er das Unvermögen auf Ende der Mahnfrist bloss als möglich vorausgesehen, es aber gebilligt hat. Dabei ist auf Billigung schon zu schliessen, wenn sich ihm das Unvermögen als Folge seines Verhaltens gebieterisch aufgedrängt hat.

E. 2

a) Entgegen der Auffassung des Obergerichts und des Beschwerdegegners sind den Arbeitnehmern des letzteren Beiträge an die Alters- und Hinterlassenenversicherung nicht bloss rechnerisch, sondern tatsächlich abgezogen worden; denn wie das Obergericht verbindlich feststellt und der Beschwerdegegner übrigens nicht bestreitet, sind ihnen zwischen dem 1. Januar 1950 und 15. September 1951 an Lohn insgesamt Fr. 794.86 wegen

ihrer Beitragspflicht tatsächlich vorenthalten, nicht unter Auszahlung des vollen Lohnes bloss rechnerisch belastet worden. b) Andererseits hat der Beschwerdegegner der Ausgleichskasse an Arbeitnehmerbeiträgen nur Fr. 94.05 bezahlt. Schuldig geblieben ist er Fr. 700.81. c) Nicht festgestellt ist dagegen, ob die Ausgleichskasse ihn gemahnt und ihm Nachfrist angesetzt hat, sei es vor dem 1. Januar 1951 im Sinne der alten Fassung des BGE 80 IV 184 S. 192 Art. 37 VollzVo. zum AHVG, sei es seither gemäss der neuen Fassung (vgl. den rückwirkenden Bundesratsbeschluss vom 20. April 1951 betreffend Abänderung der Vollzugsverordnung zum AHVG). Wenn ja, ist der objektive Tatbestand des Art. 87 Abs. 3 AHVG erfüllt. d) In subjektiver Hinsicht ist davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner bis zum 31. Juli 1950 seinen Betrieb selber geleitet und zu den Lohnabzügen Anlass gegeben hat, sich also seiner Schuldpflicht gegenüber der Ausgleichskasse bewusst gewesen ist. Der Wille aber, sie nicht zu erfüllen, ist durch die Feststellung, dass ihm jeweilen nach Auszahlung der um die Beiträge gekürzten Löhne keine Mittel geblieben seien, um die Ausgleichskasse zu befriedigen, nicht widerlegt. Der Beschwerdegegner war nicht berechtigt, seine Einnahmen ausschliesslich zur Auszahlung von Löhnen und allenfalls zur Tilgung anderer Schulden zu verwenden und die Forderung der Ausgleichskasse unbefriedigt zu lassen. Hatte er bei einer Lohnauszahlung nicht genügend Mittel, um sofort auch die entsprechenden abgezogenen Arbeitnehmerbeiträge abzuliefern, so hatte er die zu diesem Zwecke nötigen Mittel aus den Einnahmen der nächsten Tage bereitzustellen und zwecks Erfüllung seiner Schuld gegenüber der Ausgleichskasse unangetastet zu lassen, selbst auf die Gefahr hin, andere Schulden, insbesondere die weiter auflaufenden Löhne, nicht voll bezahlen zu können. Indem er das nicht tat, setzte er sich bewusst und gewollt ausserstande, seiner Verpflichtung gegenüber der Ausgleichskasse nachzukommen, beging er also das Vergehen des Art. 87 Abs. 3 AHVG vorsätzlich. Jedenfalls drängte sich ihm bei seiner ständigen gespannten finanziellen Lage gebieterisch auf, dass er die Ausgleichskasse nicht werde befriedigen können, wenn er seine Mittel ausschliesslich zur Bezahlung von Löhnen und allenfalls anderen Schulden verwende; zum mindesten liegt daher Eventualvorsatz vor. Diese Erwägungen gelten auch für die Zeit vom 1. August 1950 bis 15. September 1951, wenn der Beschwerdegegner BGE 80 IV 184 S. 193 auch während dieser Zeit die Geschäfte seines Betriebes selber besorgte oder überwachte. Dem stünde nicht im Wege, wenn er während dieser Zeit die Löhne durch Scheyer hätte auszahlen lassen. Sollte er dagegen die ganze Geschäftsführung Scheyer übertragen haben, so wäre abzuklären, ob er der Meinung war, Scheyer befriedige auch die Ausgleichskasse, und ob ihm daher der Vorsatz, seine Schuld nicht oder nicht rechtzeitig zu erfüllen, fehlte. Das Obergericht wird zu diesen Fragen Stellung zu nehmen haben. Im Gegensatz zu der Bezirksanwaltschaft hat es noch nicht dazu sich ausgesprochen, wer ab 1. August 1950 die kaufmännischen Geschäfte im Betriebe des Beschwerdegegners führte. Dispositiv Demnach erkennt der Kassationshof: Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Dezember 1953 aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

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