Urteilskopf

122 IV 270

41. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 26. September 1996 i.S. B. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 87 Abs. 3 AHVG; Art. 76 Abs. 3 BVG; Zweckentfremdung bzw. Nichtüberweisung von Arbeitnehmerbeiträgen; letztmöglicher Überweisungszeitpunkt, Substraterhaltungspflicht.

Art. 87 Abs. 3 AHVG und Art. 76 Abs. 3 BVG sind gleich auszulegen (E. 2a; Bestätigung der Rechtsprechung).

Letztmöglicher Überweisungszeitpunkt und Substraterhaltungspflicht im Rahmen von AHVG (E. 2c) und BVG (E. 3b und c).

Strafbar im Sinne dieser Bestimmungen ist ein Arbeitgeber, der es unterlässt, fällige Arbeitnehmerbeiträge im letztmöglichen Zeitpunkt zu überweisen, obwohl ihm das möglich gewesen wäre bzw. weil sich eine ihm vorwerfbare Verletzung der Substraterhaltungspflicht als für die Unterlassung kausal erweist (E. 2 und 3).

Der Verantwortliche, der die Schuld der pflichtigen Aktiengesellschaft mit Hilfe einer persönlichen Kreditaufnahme im letztmöglichen Zeitpunkt bezahlt, ist nicht strafbar (E. 4).

Regeste (fr):
Art. 87 al. 3 LAVS et art. 76 al. 3 LPP; détournement de leur destination, respectivement non transfert des cotisations des employés; dernier délai possible pour effectuer le transfert, devoir de garder les fonds nécessaires à disposition.

L'art. 87 al. 3 LAVS et l'art. 76 al. 3 LPP doivent être interprétés de la même manière (consid. 2a; confirmation de la jurisprudence).

Dernier délai pour effectuer le transfert et devoir de garder à disposition les fonds nécessaires dans le cadre de l'AVS (consid. 2c) et de la LPP (consid. 3b et c).

Est punissable au regard de ces dispositions l'employeur qui omet de transférer les cotisations échues des employés à la dernière date possible, bien qu'il en ait eu la faculté ou parce que cela résulte d'une violation fautive du devoir de garder à disposition les fonds nécessaires (consid. 2 et 3).

Le responsable qui, par le moyen d'un emprunt personnel, règle la dette de la SA débitrice à la dernière date possible n'est pas punissable (consid. 4d).

Regesto (it):
Art. 87 cpv. 3 LAVS; art. 76 cpv. 3 LPP; sottrazione allo scopo cui sono destinati, rispettivamente, mancato versamento dei contributi degli impiegati; ultimo termine possibile per effettuare il versamento, obbligo di tenere a disposizione i fondi necessari.

L'art. 87 cpv. 3 LAVS va interpretato come l'art. 76 cpv. 3 LPP (consid. 2a; conferma della giurisprudenza).

Ultimo termine per effettuare il versamento e obbligo di tenere a disposizione i fondi necessari nel quadro della LAVS (consid. 2c) e della LPP (consid. 3b e c).

È punibile ai sensi di queste norme il datore di lavoro che omette di versare entro l'ultimo termine possibile i contributi esigibili degli impiegati, malgrado ch'egli ne abbia avuto la possibilità, rispettivamente, poiché egli ha colpevolmente violato l'obbligo di tenere a disposizione i fondi necessari (consid. 2 e 3).

Non è punibile il responsabile che, mediante l'accensione di un prestito personale, salda all'ultimo momento possibile il debito della SA debitrice (consid. 4d).

Sachverhalt ab Seite 271

BGE 122 IV 270 S. 271

A.- Das Strafgericht Basel-Stadt (Dreiergericht) verurteilte am 25. August 1993 B. wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHVG; SR 831.10), IVG, EOG, AVIG und das Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG; SR 831.40) sowie wegen Unterlassung der Buchführung, Gläubigerbevorzugung und Betrug zu 12 Monaten Gefängnis bedingt. Es sprach ihn von der Anklage der Verfügung über gepfändete Sachen frei. Es erklärte eine vom Strafgericht Basel-Stadt am 18. Juli 1985 auf 4 Jahre Probezeit ausgesprochene und vom Bezirksgericht Aarau am 7. März 1990 um zwei Jahre Probezeit verlängerte achtzehnmonatige Gefängnisstrafe vollziehbar. Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt sprach ihn am 29. März 1995 von der Anklage der Gläubigerbevorzugung und des Betrugs frei, verurteilte ihn wegen Verfügung über gepfändete Sachen, bestätigte im übrigen das Urteil des Strafgerichts und bestrafte ihn mit 8 Monaten Gefängnis bedingt.

B.- B. führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Appellationsgerichts (wegen Verletzung von Art. 76 Abs. 3 BVG) aufzuheben, die Sache zu neuer Entscheidung an die kantonale Behörde zurückzuweisen und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

C.- Das Appellationsgericht verzichtete auf Gegenbemerkungen und beantragte Abweisung soweit Eintreten. Die Staatsanwaltschaft reichte keine Vernehmlassung ein.

BGE 122 IV 270 S. 272

D.- Der Präsident des Kassationshofs des Bundesgerichts erteilte keine aufschiebende Wirkung.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. a) Angefochten ist die Beurteilung des folgenden Sachverhalts: Der Beschwerdeführer war Verwaltungsrat einer am 31. August 1988 gegründeten Aktiengesellschaft (AG), die sich am 20. Februar 1990 mit Wirkung ab dem 1. Januar 1989 einer BVG-Sammelstiftung anschloss und die Beiträge jährlich vorschüssig auf den 1. Januar zu entrichten hatte. Die AG beschäftigte in den Jahren 1989, 1990 und 1991 versicherungspflichtige Arbeiter und zog seit Januar 1989 bis Dezember 1991 von den ausbezahlten Löhnen rund 12'000 Franken

BVG-Arbeitnehmerbeiträge ab, ohne aber der Vorsorgeeinrichtung die jährlichen Beiträge zu entrichten. Der Rückstand betrug bis September 1992 Fr. 18'069.70 (davon Fr. 9'034.85 Arbeitnehmerbeiträge). Die Vorsorgeeinrichtung mahnte nach mehreren Zahlungsaufforderungen am 9. Dezember 1991 den Gesamtbetrag förmlich und setzte Frist bis zum 28. Februar 1992 unter Androhung der Auflösung des Anschlussvertrags; sie trat per 1. März 1992 vom Vertrag zurück und betrieb die AG, die Rechtsvorschlag erhob. Die Vorsorgeeinrichtung klagte am 12. März 1993 auf Zahlung der ausstehenden Prämien und Aufhebung des Rechtsvorschlags. Das Versicherungsgericht des Kantons Basel-Stadt stellte am 9. Juli 1993 fest, die Beklagte habe sich offensichtlich "um die Durchführung der beruflichen Vorsorge in ihrem Betrieb vollkommen foutiert"; es verpflichtete sie zur Zahlung der eingeklagten Fr. 20'718.60 (nebst Zins) an die Klägerin, wies eine Mehrzinsforderung ab und erklärte den Rechtsvorschlag in diesem Umfang für beseitigt. Der Beschwerdeführer nahm ein persönliches Darlehen auf und zahlte am 9. August 1993 die Schuld. b) In der Anklageschrift vom 3. November 1992 wurde dem Beschwerdeführer aufgrund dieses Sachverhalts vorgeworfen, er habe (gemeinsam mit einem Mitangeklagten) seit Versicherungsbeginn Arbeitnehmerbeiträge von Fr. 9'034.85 abgezogen und trotz Mahnungen nicht an die Vorsorgeeinrichtung weitergeleitet, sondern für eigene Zwecke verwendet. c) Die Vorinstanz begründet den Schuldspruch damit, die AG sei zur jährlichen Zahlung verpflichtet gewesen; die Zahlungsverweigerung bis zum rechtskräftigen Urteil des Versicherungsgerichts habe die Leistungspflicht nicht aufschieben können. Im August 1993 habe die AG nicht im

letztmöglichen Zeitpunkt geleistet, sondern nachträglich den Schaden wiedergutgemacht. Davon abgesehen sei der Beschwerdeführer der Substraterhaltungspflicht für die pflichtige AG nicht nachgekommen. Die Mittel seien ursprünglich vorhanden gewesen, dann aber hätten andere Gläubiger die AG erfolglos betrieben. Erst das persönliche Darlehen habe die Zahlung ermöglicht. Selbst wenn die unter Druck des Strafverfahrens erfolgte Zahlung als rechtzeitig angesehen würde, habe die pflichtige AG im massgeblichen Zeitpunkt nicht über die nötige Geldsumme verfügt und die BVG-Arbeitnehmerbeiträge zweckentfremdet. Daher könne offenbleiben, ob die Rechtsprechung zu Art. 87 AHVG auf Art. 76 BVG Anwendung finde. d) Der Beschwerdeführer nimmt an, Art. 87 AHVG und Art. 76 BVG wiesen die gleiche Zielsetzung auf, und es sei davon auszugehen, dass die Erwägungen von BGE 117 IV 78 auch für das BVG gelten. Nicht selten fielen Fälligkeit und Zahlung auseinander; das habe nur in genau definierten Fällen strafrechtliche Folgen. Die AG habe die Beiträge vor dem letztmöglichen Zeitpunkt gezahlt, nämlich vor dem Urteil des Strafgerichts und vor der Eröffnung des Konkurses über die AG. Es sei unerheblich, dass er das Geld über ein persönliches Darlehen aufgebracht habe; entscheidend sei, dass die AG damit in der Lage gewesen sei zu zahlen. e) Zusammenfassend klagte die Staatsanwaltschaft den Beschwerdeführer wegen Beitragshinterziehung und Zweckentfremdung an, mithin im Sinne von Art. 76 Abs. 3 BVG und Art. 87 Abs. 3 AHVG. Die Vorinstanz folgt dieser Argumentation und geht in der Hauptbegründung davon aus, der Beschwerdeführer habe trotz Fälligkeit und Mahnung nicht und schliesslich verspätet geleistet; sie nimmt sinngemäss eine Ablieferungspflicht bei Fälligkeit an (so ausdrücklich das Strafgericht). In ihrer Nebenbegründung bejaht sie eine Verletzung der Substraterhaltungspflicht und eine Zweckentfremdung der Arbeitnehmerbeiträge. Der Beschwerdeführer bestreitet den Verzug nicht, wendet aber ein, er habe letztlich gezahlt; dass er nicht bei Fälligkeit gezahlt habe, könne nicht schon strafbar sein.

2. Gemäss Art. 76 Abs. 3 BVG wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis zu 20'000 Franken bestraft, wer als Arbeitgeber einem Arbeitnehmer Beiträge vom Lohn abzieht und diese nicht an die zuständige Vorsorgeeinrichtung überweist. Die gleiche Strafe droht Art. 87 Abs. 3 AHVG demjenigen an, der als Arbeitgeber einem Arbeitnehmer Beiträge vom Lohn abzieht, sie indessen dem vorgesehenen Zweck entfremdet.

a) Die Rechtsprechung liess zunächst offen, ob Art. 87 Abs. 3 AHVG und Art. 76 Abs. 3 BVG gleich auszulegen sind (BGE 117 IV 78 E. 2c/bb), und bejahte die Frage dann in BGE 119 IV 187 E. 6. Darauf ist im grundsätzlichen nicht zurückzukommen. Schwierigkeiten ergeben sich aber aus der unterschiedlichen Konzeption der beiden Erlasse und dem Fehlen gesetzlicher Bestimmungen über den massgeblichen Überweisungszeitpunkt im BVG, besonders unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebots. b) Die AHV-Beiträge werden nach Ablauf einer Zahlungsperiode von in der Regel einem Monat fällig und sind innert zehn Tagen zu zahlen (Art. 14 AHVG; Art. 34 Abs. 1 und 4 AHVV [SR 831.101]); dem Säumigen ist im Mahnverfahren eine Nachfrist von zehn bis zwanzig Tagen so anzusetzen, dass sie spätestens zwei Monate nach dem Ende der Zahlungsperiode abläuft (Art. 37 Abs. 1 und 3 AHVV). Werden innert dieser Nachfrist die Beiträge nicht gezahlt oder die für die Abrechnung erforderlichen Angaben nicht gemacht, setzt die Ausgleichskasse die geschuldeten Beiträge nötigenfalls durch Veranlagungsverfügung fest (Art. 38 AHVV); sie kann dem sich in finanzieller Bedrängnis befindenden Säumigen unter gewissen Umständen Zahlungsaufschub gewähren (Art. 38bis AHVV). Bezahlt der Säumige auf Mahnung hin nicht, wird die Beitragsforderung auf dem Betreibungsweg vollstreckt (Art. 15 AHVG). Die Bestrafung setzt die ordnungsgemässe Durchführung des Mahnverfahrens voraus (BGE 80 IV 184 E. 1c). Nach der früheren Rechtsprechung machte sich nach Art. 87 Abs. 3 AHVG strafbar, wer die abgezogenen Arbeitnehmerbeiträge nicht spätestens innert der angesetzten Mahnfrist überwies, und zwar unabhängig davon, dass dem Arbeitgeber die erforderlichen Mittel fehlten und diese ihm auch nicht von Dritten zur Verfügung gestellt wurden. Der Arbeitgeber musste aber nicht jederzeit oder zu einem bestimmten Zeitpunkt genügend Deckung für rückständige Arbeitnehmerbeiträge bereithalten (BGE 107 IV 205 E. 2a und b). Die neuere Rechtsprechung geht davon aus, dass es dem Arbeitgeber auch möglich sein muss, seiner Zahlungspflicht nachzukommen (BGE 117 IV 78 E. 2a und b, mit Hinweis auf SCHULTZ, Die strafrechtliche Rechtsprechung des BGer im Jahre 1981, ZBJV 118/1982 S. 560).
c) Der Tatbestand setzt voraus, dass der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Lohnauszahlung an die Arbeitnehmer die erforderlichen Mittel oder ein diesen entsprechendes Substrat besitzt, das er nach Auszahlung der Löhne der Ausgleichskasse zur Verfügung halten könnte (BGE 117 IV 78 E. 2d/aa).

Als Zweckentfremdung gilt nicht schon eine blosse Nichtzahlung oder nicht rechtzeitige Zahlung an die Ausgleichskasse, solange ein Substrat beim Arbeitgeber vorhanden ist und die entsprechenden Mittel auch jederzeit überwiesen werden könnten (a.a.O., E. 2d/bb). Er muss aber so wirtschaften, dass er bei objektiver Betrachtungsweise im letztmöglichen Zeitpunkt zahlen kann (a.a.O., E. 2d/cc). Das Substrat gilt als vorhanden, wenn er zum Zeitpunkt der Lohnauszahlung die nötigen Kredite für die Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge erhältlich machen könnte; eine Zweckentfremdung kann in der nachträglichen Verunmöglichung der Krediterlangung liegen (a.a.O., E. 2d/dd). Es ist daher auch unerheblich, aus welchen Mitteln er leistet, um das gesetzlich verlangte wirtschaftliche Ergebnis herbeizuführen (BGE 80 IV 184 E. 1b). Als letztmöglicher Überweisungszeitpunkt gilt derjenige Zeitpunkt, an dem die von der Ausgleichskasse im Mahnverfahren angesetzte Nachfrist endet (Art. 14 Abs. 4 AHVG; Art. 37 Abs. 1 und 3 AHVV). Überweist der Arbeitgeber die fälligen Arbeitnehmerbeiträge in diesem letztmöglichen Zeitpunkt, stellt sich die Frage einer Verletzung der Substraterhaltungspflicht nicht (vgl. BGE 80 IV 184 E. 1a, b und c). Überweist der Arbeitgeber die fälligen Arbeitnehmerbeiträge im letztmöglichen Zeitpunkt nicht, erfüllt er den Tatbestand der Zweckentfremdung nur dann, wenn er die Substraterhaltungspflicht des Arbeitgebers im Sinne von Art. 87 Abs. 3 AHVG verletzt hat. Das strafrechtliche Schuldprinzip sowie die allgemeinen Regeln des Unterlassungsdelikts setzen nämlich voraus, dass es ihm überhaupt möglich ist, im letztmöglichen Zeitpunkt zu zahlen (BGE 117 IV 78 E. 2a und b) bzw. dass ihn an der unterlassenen Zahlung ein Verschulden trifft. Die Pflicht zur Erhaltung des Substrats entspricht einer allgemeinen unternehmerischen Sorgfaltspflicht, deren Verletzung die Strafbarkeit des Pflichtigen begründet. Im besondern kommt hinzu, dass der Arbeitgeber Lohnbestandteile abzieht und verwaltet, die den Arbeitnehmern zustehen, worüber diese aber nicht verfügen können. Die Lohnbestandteile sind ihm aber nicht von den Arbeitnehmern anvertraut.

Den Arbeitgeber trifft eine Abzugs- und Überweisungspflicht aus öffentlichem Recht. Daher verletzt er seine Pflicht zur Substraterhaltung, wenn er die erforderlichen Mittel oder das Substrat in einer Weise für andere Zwecke verwendet, die eine Zahlung im letztmöglichen Zeitpunkt objektiv nicht möglich erscheinen lässt (vgl. BGE 80 IV 184 E. 1d und 2d). Darunter fallen etwa Handlungen und Unterlassungen, die das Substrat einem unvernünftigen oder unüblichen

Risiko aussetzen, ein die betriebliche Substanz und Bonität aushöhlendes Geschäftsgebaren sowie Strategien, die ein gewissenhafter Arbeitgeber unterlassen würde. Diese Fragen muss der Sachrichter aufgrund der konkreten Umstände beurteilen.

3. Nach dem Wortlaut von Art. 76 Abs. 3 BVG könnte die blosse Unterlassung der Überweisung bereits den Tatbestand erfüllen. Eine solche Auslegung stünde aber im Widerspruch zur neueren Rechtsprechung zu Art. 87 Abs. 3 AHVG. Art. 76 Abs. 3 BVG ist wie Art. 87 Abs. 3 AHVG auszulegen (BGE 119 IV 187 E. 6). a) Das BVG sieht eine "Vorsorgepflicht des Arbeitgebers" vor (Titel vor Art. 11 BVG; BGE 115 Ib 37 E. 3a). Dieser sorgt für die geeignete und gesetzlich bestimmte Vorsorgemöglichkeit seiner Arbeitnehmer und haftet für die Beitragsleistungen selbst vor dem Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung (Art. 10, 11 und 12 BVG). Er ist Beitragsschuldner gegenüber der Vorsorgeeinrichtung (Art. 66 Abs. 2 BVG) und zieht den in den reglementarischen Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtung festgelegten Beitragsanteil des Arbeitnehmers vom Lohn ab (Art. 66 Abs. 3 BVG). Die Vorsorgeeinrichtungen regeln das Beitragssystem und die Finanzierung (Art. 65 Abs. 2 BVG) und legen die Höhe der Beiträge in den reglementarischen Bestimmungen fest (Art. 66 Abs. 1 BVG). Art. 76 Abs. 3 BVG erfasst die Unterlassung der Überweisung der gemäss Art. 66 BVG (im Obligatorium) abgezogenen Arbeitnehmerbeiträge. b) Die Erfüllung des Tatbestands von Art. 76 Abs. 3 BVG setzt nach dem Gesagten die Unterlassung einer Überweisung fälliger Arbeitnehmerbeiträge im letztmöglichen Zeitpunkt und eine Verletzung der Pflicht, das Substrat zu erhalten, voraus. Hinsichtlich der Substraterhaltungspflicht stellen sich keine besonderen Fragen (oben E. 2c). c) Das BVG bestimmt den letztmöglichen Überweisungszeitpunkt nicht. Es beschränkt sich als Rahmengesetz auf Mindestvorschriften und schreibt den (privatwirtschaftlichen) Vorsorgeeinrichtungen lediglich vor, das Beitragssystem und die Finanzierung zu regeln und die Beitragshöhe in ihren reglementarischen Bestimmungen festzulegen. Strafrechtlich kann nicht auf blosse reglementarische Regelungen von Vorsorgeeinrichtungen abgestellt werden, deren Bundesrechtskonformität im Verfahren nach Art. 73 BVG nur eingeschränkt und im übrigen nur im aufsichtsrechtlichen Verfahren nach Art. 62 und 74 BVG geprüft werden kann (BGE 119 V 195 E. 3b). Dem auch im Nebenstrafrecht geltenden strafrechtlichen Legalitätsprinzip und

Bestimmtheitsgebot (Art. 1 StGB; BGE 105 Ia 63 E. 2; BGE 119 IV 242 E. 1c) genügt diese unterschiedliche und teils ungewisse Rechtslage nicht. Hinzu kommt, dass Vorsorgeeinrichtungen Streitigkeiten mit Anspruchsberechtigten oder Arbeitgebern nicht durch Verfügung erledigen können (mit Ausnahme von Anschlussverfügungen der Auffangeinrichtung; Art. 11 Abs. 5 i.V.m. Art. 60 Abs. 2 lit. a BVG; BGE 115 V 375); das gilt auch für Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen und Arbeitgebern über die Beitragspflicht. Entsprechend können Vorsorgeeinrichtungen ausstehende Forderungen nicht durch Verwaltungsverfügungen und mithin einen definitiven Rechtsöffnungstitel erheben (Art. 40 VwVG i.V.m. Art. 80 SchKG), sondern müssen im Klageverfahren nach Art. 73 BVG vorgehen (BGE 115 V 375 E. 3b und 5c; BGE 112 Ia 180 E. 2a) und

den Betreibungsweg beschreiten (aus der kantonalen Praxis beispielsweise die in der Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung veröffentlichten Entscheidungen des Kantonalen Versicherungsgerichts, ZWR/RVJ 1996 S. 114 und 117). Dies gilt für die Auffangeinrichtung gemäss Art. 60 BVG (BGE 118 III 13 E. 3; BGE 115 III 89 E. 2) und um so mehr für privatrechtliche Vorsorgeeinrichtungen. Die Strafnorm dient dem Schutz des Arbeitnehmers und sollte eine Lücke im System schliessen (Vital Schwander, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich 1964, S. 337, Nr. 546a Ziff. 5). Sie bezweckt, dass die Arbeitnehmerbeiträge den Arbeitnehmern gesetzmässig zugute kommen, schützt jedoch nicht Fälligkeitsordnungen von Vorsorgeeinrichtungen. Wie ausgeführt, gilt auch beim Tatbestand von Art. 87 Abs. 3 AHVG nicht der gesetzliche Fälligkeitstermin als letztmöglicher Zeitpunkt. Um so weniger kann im Rahmen des BVG mangels entsprechender gesetzlicher Bestimmungen für die Strafbarkeit auf eine reglementarische Fälligkeitsordnung abgestellt werden. Es besteht hier keine Gesetzeslücke, da der Gesetzgeber diese Frage ausdrücklich einer reglementarischen Regelung zuwies. Solche Fälligkeitsordnungen sind unter strafrechtlichen Gesichtspunkten als Vereinbarungen unter Privatrechtssubjekten zu beurteilen (vgl. BGE 113 Ib 188 E. 2; BGE 116 V 112; BGE 118 III 13 E. 3; BGE 118 V 248 E. 1b). Entsprechend gerät der Säumige in Verzug und kann betrieben werden; wird Rechtsvorschlag erhoben, schliesst sich das Rechtsöffnungsverfahren an, und gegebenenfalls muss ein materieller Entscheid Bestand und Umfang der geforderten Beitragssumme feststellen und einen Rechtsvorschlag beseitigen. Bis zum Zeitpunkt der definitiv und betragsmässig feststehenden Leistungspflicht

des Säumigen kann der objektive Tatbestand von Art. 76 Abs. 3 BVG nicht erfüllt sein. Mutwillige oder trölerische Prozessführungen unterstehen verfahrensrechtlichen Sanktionsnormen (BGE 118 V 316 E. 3, 229 E. 8b). Gerät demnach in der hier zu beurteilenden Konstellation ein Arbeitgeber in Verzug, ist als letztmöglich jener Zeitpunkt anzunehmen, in dem ein die Leistungspflicht und Beitragshöhe definitiv festlegender Entscheid in Rechtskraft erwächst, so dass die Fortsetzung der Betreibung verlangt werden kann (vgl. BGE 107 III 60), zuzüglich einer Zahlungsfrist.

4. Wird als Schutzzweck von Art. 76 Abs. 3 BVG angenommen, dass die zuständige Vorsorgeeinrichtung letztlich die Beiträge zu Gunsten der betroffenen Arbeitnehmer überwiesen erhält, ist es wie im Rahmen von Art. 87 Abs. 3 AHVG (BGE 80 IV 184 E. 1b) unerheblich, mit welchen Mitteln der Arbeitgeber seine Schuld erfüllt. Kann der Arbeitgeber nämlich die notwendigen Beträge aufbringen, besteht in objektiver Hinsicht für die Anwendung des Strafrechts als ultima ratio kein Bedürfnis. Der Beschwerdeführer durfte somit auch einen persönlichen Kredit aufnehmen, um der Leistungspflicht der AG nachzukommen. Er überwies die fälligen Arbeitnehmerbeiträge zwar erst infolge einer Betreibung und aufgrund des anschliessenden Leistungsurteils des Versicherungsgerichts. Aber damit kam die pflichtige AG ihrer Überweisungspflicht im letztmöglichen Zeitpunkt nach, als das Leistungsurteil, welches das durch den Schuldnerverzug ausgelöste Betreibungsverfahren durch die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung abschloss, in Rechtskraft erwuchs. Damit stellt sich die Frage der Substraterhaltungspflicht nicht mehr. Eine Erfüllung des objektiven Tatbestands ist daher zu verneinen und die Frage des subjektiven Tatbestands nicht mehr zu prüfen (vgl. BGE 80 IV 184 E. 1d). Die Beschwerde wird gutgeheissen, der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache zur Freisprechung des Beschwerdeführers von der Widerhandlung gegen Art. 76 Abs. 3 BVG an die Vorinstanz zurückgewiesen.

5. (Kostenfolgen).