Urteilskopf

80 IV 184

38. Urteil des Kassationshofes vom 28. Mai 1954 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen Scarpellini.
Regeste (de):
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 (fr):
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 (it):
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).

Sachverhalt ab Seite 184

A.- Armando Scarpellini führte in Zürich auf eigenen Namen eine Schuhmacherei, in der er gewöhnlich zehn bis elf Arbeitnehmer beschäftigte. Nachdem ihm eine Nachlassstundung bewilligt worden war, trat er am 1. August 1950 in den Dienst der Schuhfabrik Reiden AG in Reiden, unter Beibehaltung seines Betriebes in Zürich. Am 28. September 1951 wurde über Scarpellini der Konkurs eröffnet. Die AHV-Ausgleichskasse des Kantons Zürich,

an die Scarpellini gemäss einer ihm am 15. Februar 1949 mitgeteilten Verfügung innert zehn Tagen nach Ablauf jeden Abrechnungsmonats seine Beiträge an die Alters- und Hinterlassenenversicherung und die Beiträge seiner Arbeitnehmer abzuliefern hatte, kam mit Fr. 3500.70 zu Verlust. Sie zeigte hierauf Scarpellini und seinen Angestellten Fritz Scheyer wegen Widerhandlung gegen Art. 87 Abs. 3 und 89 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) an.

B.- Die Bezirksanwaltschaft Zürich stellte am 12. Mai 1953 das Verfahren gegen Scheyer mangels Verschuldens ein. Sie führte aus, Scheyer habe wohl während eines gewissen Zeitraumes die Löhne im Betriebe ausbezahlt, sei aber für die Geschäftsführung nicht verantwortlich gewesen; Scarpellini habe zugegeben, dass er auch während der Zeit, da Scheyer in seiner Abwesenheit die Arbeit besorgte, für die Ablieferung der Beiträge verantwortlich gewesen sei. Gegen Scarpellini erhob die Bezirksanwaltschaft Anklage wegen Widerhandlung gegen Art. 87 Abs. 3 AHVG mit dem Vorwurf, er habe zwischen dem 1. Januar 1950 und dem 15. September 1951 von den Löhnen der Arbeitnehmer Fr. 1582.75 als Beiträge abgezogen, jedoch davon nur Fr. 94.05 an die Ausgleichskasse abgeliefert. Bezirksgericht Zürich und Obergericht des Kantons Zürich, letzteres mit Urteil vom 21. Dezember 1953, sprachen Scarpellini frei. Zur Begründung führte das Obergericht im wesentlichen aus: Die eingeholten Rapporte hätten ergeben, dass der Angeklagte für die Ausgleichskasse Lohnabzüge von zusammen Fr. 794.86 vorgenommen, der Ausgleichskasse aber nur Fr. 94.05 abgeliefert habe. Die Staatsanwaltschaft habe in der Berufungsverhandlung den Deliktsbetrag auf Fr. 700.81 herabgesetzt. Die Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 3 AHVG seien indessen nicht erfüllt. Wohl habe der Angeklagte durch die verschiedenen Buchungen erklärt, dass er die AHV-Abzüge

vornehmen wolle. Dieser rein theoretische Abzug genüge aber nicht. Die erwähnte Bestimmung setze voraus, dass der Arbeitgeber die Arbeitnehmerbeiträge tatsächlich zurückbehalte. Wo keine Mittel vorhanden seien, könne nichts seinem Zwecke entfremdet werden. Dass der Angeklagte, wenn er jeweilen wieder Abzahlungen auf seine Lohnschulden gemacht habe, über keine weiteren Mittel verfügt habe, dürfe ihm geglaubt werden. Nach den Aussagen seiner Angestellten sei er mit der Entrichtung der Löhne ständig im Rückstande gewesen. Es dürfe davon ausgegangen werden, dass er über keine weiteren Geldmittel als die zur ratenweisen Zahlung der Nettogehälter erforderlichen verfügt habe. Da er seinen Arbeitern die Beiträge nur rechnerisch, nicht tatsächlich vom Lohne abgezogen und infolgedessen keine Mittel mehr besessen habe, die er hätte der Kasse abliefern oder dem Zwecke entfremden können, könne er gestützt auf Art. 87 Abs. 3 AHVG nicht schuldig erklärt werden. Er habe jedoch in anderer Weise gegen das Gesetz verstossen. Gemäss Art. 14 AHVG sei er verpflichtet gewesen, bei jeder Lohnzahlung, auch bei einer blossen Teilzahlung, den Arbeitnehmerbeitrag von 2% von dem im konkreten Falle ausbezahlten Betrage abzuziehen und abzuliefern. Er habe das nicht getan und habe somit im Sinne des Art. 87 Abs. 2 AHVG sich der Beitragspflicht entzogen. Ob diese Bestimmung, wie der Verteidiger vorbringe, ein täuschendes, irreführendes oder betrugsähnliches Verhalten des Täters voraus-

setze, könne dahingestellt bleiben, da der Tatbestand des Art. 87 Abs. 2 in der Anklageschrift nicht geltend gemacht sei, diese Bestimmung somit nicht angewendet werden dürfe.

C.- Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die kantonale Behörde zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Urteil verletze Art. 87 AHVG. Beiträge, die der Arbeitgeber den Arbeitnehmern

am Lohne abziehe, seien tatsächlich, nicht bloss rechnerisch abgezogen, und wenn der Arbeitgeber sie der Ausgleichskasse nicht abliefere, erfülle er den Tatbestand des dritten, nicht des zweiten Absatzes des Art. 87.

D.- Scarpellini beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen.

Erwägungen

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

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

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 abliefert, oder sogar erst darin, dass er sie für andere Zwecke verwendet (vgl.BGE 76 IV 178f.), 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

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) InBGE 76 IV 179ist 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

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 Lohne 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

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.

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) Anderseits 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

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

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.