

S. 125 / Nr. 33 Lohn- und Verdienstersatz (d)

BGE 73 IV 125

33. Urteil des Kassationshofes vom 4. Juli 1947 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt gegen Mehli.

Seite: 125

Regeste:

Lohn- und Verdienstersatz.

Strafbarkeit der Kassenmitglieder, die sich weigern, die vorgeschriebenen Formulare auszufüllen und der Ausgleichskasse einzureichen. Verhältnis zwischen Art. 18 und 19 der Ausführungsverordnung zur Lohnersatzordnung (Art. 34 und 35 der Verdienstersatzordnung).

Allocations pour perte de salaire ou de gain.

Sont punissables les membres qui refusent de remplir les formules prescrites et de les remettre à la caisse. Relation entre les art. 18 et 19 de l'ordonnance d'exécution relative aux allocations pour perte de salaire (art. 34 et 35 de l'ordonnance concernant les allocations pour perte de gain).

Indennità per perdita di salario o di guadagno.

Sono punibili i membri che rifiutano di riempire i moduli prescritti e di consegnarli alla cassa. Relazione tra gli art. 18 e 19 dell'ordinanza d'esecuzione concernente le indennità per perdita di salario (art. 34 e 35 dell'ordinanza d'esecuzione concernente le indennità per perdita di guadagno).

A. Franz Mehli, der in Basel eine Veloreparaturwerkstätte betreibt und zeitweise Arbeiter beschäftigt, ist im Jahre 1940 durch die Kantonale Ausgleichskasse Basel-Stadt der Lohn- und Verdienstersatzordnung unterstellt worden. Er war daher gemäss Art. 13 Abs. 1 des BRB vom 20. Dezember 1939 über die Lohnersatzordnung (LEO) in Verbindung mit Art. 12 der am 4. Januar 1940 erlassenen Ausführungsverordnung (ALEO) verpflichtet, der Kasse auf den ihm zugestellten amtlichen Formularen für jeden Monat bis zum zehnten Tag des folgenden Monats eine Abrechnung über die eingenommenen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge und die allenfalls ausbezahlten Lohnausfallentschädigungen einzureichen. Da Mehli trotz wiederholter

Seite: 126

Mahnungen sich beharrlich weigerte, diese Abrechnungen einzureichen, verzeigte ihn die Kasse am 15. März 1945 dem Polizeigericht. Dieses verurteilte ihn in Anwendung von Art. 18 Ziff. 1 Abs. 2 ALEO und Art. 34 Ziff. 1 Abs. 2 der Verdienstersatzordnung vom 14. Juni 1940 (VEO) zu Fr. 15. Busse. Mehli reichte indessen auch für die folgende Zeit keine Abrechnungen ein, obwohl die Kasse ihn wiederum mehrmals mahnte, am 2. Oktober 1945 in eine Ordnungsbusse von Fr. 2., am 15. Februar 1946 in eine solche von Fr. 4. verfiel und ihm gleichzeitig Veranlagungsverfügungen für die Abrechnungsperioden vom 1. Februar bis 31. August und vom 1. September bis 31. Dezember 1945 zustellte.

Auf eine am 10. April 1946 erhobene Strafanzeige der Kasse hin wurde Mehli dem Strafgericht überwiesen. Während dieses ihn am 9. Dezember 1946 in Anwendung von Art. 18 Ziff. 1 Abs. 2 ALEO und Art. 34 Ziff. 1 Abs. 2 VEO zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 4 Tagen verurteilte, sprach ihn das Appellationsgericht am 9. April 1947 frei und auferlegte ihm lediglich die Verfahrenskosten beider Instanzen. Das Appellationsgericht nimmt an, dass Art. 18 Ziff. 1 ALEO und Art. 34 Ziff. 1 VEO (in der Fassung des BRB vom 26. März 1945) in ihrem ganzen Umfange nur betrugsähnliche Tatbestände umfassten. Strafbar sei daher nach Abs. 2 dieser Bestimmungen nur, wer durch ein täuschendes, betrügerisches Verhalten sich der Beitragspflicht entziehe, die Kasse am Vermögen schädige. Dem lasse sich das nicht auf Täuschung zielende Ausserachtlassen der Abrechnungspflicht schon im Hinblick auf die angedrohte hohe Strafe nicht gleichstellen; es handle sich dabei um eine Verletzung von Ordnungsvorschriften, für deren Durchsetzung die Mittel des Verwaltungszwanges (Ordnungsbusse, Kontrolle, amtliche Einschätzung) zur Verfügung ständen. Das Verhalten des Angeklagten stelle sodann auch keine Verletzung der Auskunftspflicht im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 ALEO und Art. 35 Ziff. 1 VEO dar. AUB der Lohn- und Verdienstersatzordnung

Seite: 127

und den sie ergänzenden Verordnungen und Verfügungen (Art. 14 Abs. 2 ALEO, Art. 18 Abs. 2 und 20 Abs. 1 VEO, Art. 21 der verbindlichen Weisungen des EVD vom 27. Januar 1940 und Art. 30 Abs. 2 der Verfügung Nr. 19 des EVD vom 13. August 1941) gehe hervor, dass diese Erlasse unter der Auskunftspflicht der Kassenmitglieder nur deren Pflicht verstünden, den Kontrollorganen der Kasse Einsicht in ihre Bücher und Belege zu gewähren und alle notwendigen Aufschlüsse zu erteilen, nicht

aber auch die unabhängig davon bestehenden Meldepflichten wie die monatliche Abrechnungspflicht gemäss Art. 13 LEO.

B. Die Staatsanwaltschaft führt gegen dieses Urteil Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, es sei aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an das Appellationsgericht zurückzuweisen. Wer sich, wie Mehli, beharrlich weigere, der Kasse die Abrechnungen einzureichen, enthalte ihr diejenigen Angaben vor, die ihr allein ermöglichen, nicht nur den Umfang der Beitragspflicht, sondern diese selbst festzustellen; denn die Kasse erfahre nicht, ob und wieviele Arbeitnehmer das Kassenmitglied beschäftige und welche Beiträge es schulde. Ein solches Verhalten falle unter Art. 18 Ziff. 1 Abs. 2 ALEO und Art. 34 Ziff. 1 Abs. 2 VEO. Die Frage sei für die Kassenverwaltung wie auch für die Strafverfolgungsbehörden von grossem Interesse, weil die gesamte Lohn- und Verdienstersatzordnung noch immer andauere und weil das Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 gleichlautende Strafbestimmungen enthalte.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. Die Art. 18 und 19 ALEO (und die ihnen wörtlich entsprechenden Art. 34 und 35 VEO) enthalten je eine Gruppe von Straftatbeständen. Nach Art. 18 ALEO (34 VEO) in der Fassung vom 26. März 1945 macht sich strafbar, wer durch unwahre oder unvollständige Angaben

Seite: 128

eine ihm nicht zukommende Lohn- (Verdienst-) ausfallentschädigung erwirkt, sowie wer sich durch solche Angaben oder in anderer Weise der Beitragspflicht ganz oder teilweise entzieht (wozu nach der ALEO noch die Nichtablieferung der vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer am Lohn abgezogenen Beiträge kommt). Diese Handlungen stellen nach der angedrohten Höchststrafe von 6 Monaten Gefängnis Vergehen dar (Art. 9 Abs. 2 StGB). Nach Art. 19 ALEO (35 VEO) dagegen ist, falls nicht der Tatbestand des Art. 18 ALEO (34 VEO) vorliegt, mit Busse bis zu Fr. 500. zu bestrafen, wer in Verletzung der Auskunftspflicht unwahre Auskünfte erteilt oder die Auskunft verweigert, wer sich einer von der zuständigen Stelle angeordneten Kontrolle widersetzt oder diese auf andere Weise verunmöglicht, sowie wer die vorgeschriebenen Formulare nicht wahrheitsgetreu ausfüllt. Alle diese auf Erschwerung der Tätigkeit der Ausgleichskassen gerichteten Handlungen der Mitglieder sind somit an sich blosses Übertreten und gelten nur dann als Vergehen, wenn die Mitglieder dadurch entweder ihnen nicht zukommende Lohn- (Verdienst-) ausfallentschädigungen erwirken oder sich der Beitragspflicht ganz oder teilweise entziehen. Stellen aber selbst unwahre Auskünfte und nicht wahrheitsgetreue Ausfüllung der vorgeschriebenen Formulare an sich, nach ausdrücklicher Vorschrift, blosses Übertreten dar, so kann auch die Nichtausfüllung der Formulare nur dann unter Art. 18 ALEO (34 VEO) fallen, wenn das Mitglied sich dadurch der Beitragspflicht entzieht, und das ist nur der Fall, wenn sein Verhalten bewirkt oder doch zu bewirken geeignet ist, dass die Kasse von ihm die Beiträge nicht im wirklich geschuldeten Umfange erheben kann. Das Appellationsgericht hat daher im angefochtenen Urteil mit Recht angenommen, dass Art. 18 ALEO (34 VEO) betrugsähnliche Tatbestände enthalte, ein täuschendes, betrügerisches Verhalten voraussetze. Durch den dieser Vorschrift bei der Revision vom 13. März 1942 beigefügten Ausdruck «oder in anderer Weise» sollte allerdings,

Seite: 129

wie einem vom Kassationshof eingeholten Bericht des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit zu entnehmen ist, vor allem die beharrliche Nichteinreichung der für die Festsetzung der Beiträge notwendigen Abrechnungen der Mitglieder erfasst werden. Dieses Verhalten kann jedoch, wie sich aus Wortlaut und Sinn von Art. 18 ALEO (34 VEO) und aus dessen Verhältnis zu Art. 19 ALEO (35 VEO) klar ergibt, nur unter jene Vorschrift fallen, wenn der Täter sich dadurch der Beitragspflicht entzieht.

Das hat nicht etwa zur Folge, dass Mitglieder, die sich beharrlich weigern, der Kasse die vorgeschriebenen Formulare ausgefüllt einzureichen, straflos ausgingen und die Kasse darauf angewiesen wäre, sie Monat für Monat zu mahnen, in Ordnungsbussen zu verfallen und hierauf ihre Beiträge von Amtes wegen festzusetzen. Wenn auch Art. 19 ALEO (36 VEO) nur die nicht wahrheitsgetreue Ausfüllung der Formulare ausdrücklich unter Strafe stellt und die Nichtausfüllung nicht erwähnt, lässt sich diese doch zwanglos unter die dort in erster Linie genannte Verletzung der Auskunftspflicht durch Verweigerung der Auskunft subsumieren. Die vom Appellationsgericht für eine engere Auslegung des Begriffs der Auskunftspflicht angeführten Bestimmungen der Lohn- und Verdienstersatzerlasse sind nicht schlüssig. Dagegen kann der in der Zeitschrift für die Ausgleichskassen 1947 S. 179 vertretenen Auffassung nicht beigepflichtet werden, dass die Kassenverwaltungen befugt seien, für die Nichteinreichung der Abrechnungen die Straffolgen des Art. 292 StGB anzudrohen; für die Anwendung dieser subsidiären Bestimmung bleibt angesichts der besonders, in der ALEO (VEO) vorgesehenen Ungehorsamsstrafen kein Raum mehr.

Da die Staatsanwaltschaft in der Nichtigkeitsbeschwerde auf das Bundesgesetz über die Alters- und

Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (GS 1947 S. 837 ff.) verweist, mag beigelegt werden, dass dessen Strafbestimmungen noch klarer als diejenigen der ALEO und VEO

Seite: 130

erkennen lassen, dass die oben vertretene Auffassung vom Verhältnis zwischen Vergehen und Übertretung, was die Nichtausfüllung der vorgeschriebenen Formulare betrifft, richtig ist. Denn Art. 88 führt neben der nicht wahrheitsgetreuen Ausfüllung der Formulare ausdrücklich auch deren Nichtausfüllung als Übertretungstatbestand an; ein Vergehen liegt somit erst vor, wenn der Täter sich dadurch der Beitragspflicht ganz oder teilweise entzieht (Art. 87 Abs. 2).

2. Nach dem Gesagten ist der Angeklagte Mehli nur dann gemäss Art. 18 ALEO (34 VEO) zu bestrafen, wenn sein Verhalten in der massgebenden Zeit, vom 1. Februar bis zum 31. Dezember 1945, dazu geführt hat oder hätte führen können, dass die Ausgleichskasse von ihm keine oder zu niedrige Beiträge erhob. Das trifft aber nach den Akten offensichtlich nicht zu. Mehli war seit 1940 Mitglied der Kasse. Auch wusste diese, dass er im Jahre 1945 in seinem Betrieb Arbeiter beschäftigte. Unbekannt waren ihr infolge des pflichtwidrigen Verhaltens des Angeklagten lediglich die von ihm ausbezahlten Lohnbeträge, nach denen sich seine Beitragspflicht bemass. Für diesen Fall hatte jedoch die Kasse die Möglichkeit, die zu entrichtenden Beiträge durch Erlass von Veranlagungsverfügungen von Amtes wegen festzusetzen (Art. 27 Abs. 3 der verbindlichen Weisungen des EVD vom 27. Januar 1940, Art. 25bis Abs. 3 AVEO). Die Kasse hat denn auch von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Dabei hat sie, wie sich nachträglich auf Grund des im Strafverfahren beschlagnahmten Lohnbuches des Angeklagten ergab, erheblich höhere Beiträge errechnet, als Mehli bei pflichtgemässer Abrechnung mit der Kasse hätte entrichten müssen. Dass die Kasse diese nach den nicht angefochtenen und daher rechtskräftigen Veranlagungsverfügungen geschuldeten Beiträge nicht erheben konnte, ist auf die Zahlungsunfähigkeit des Angeklagten zurückzuführen und berührt die strafrechtliche Beurteilung seines Verhaltens nicht. Für diese ist entscheidend, dass er sich nicht im Sinne von

Seite: 131

Art. 18 ALEO (34 VEO) «der Beitragspflicht entzogen» hat. Er hat sich somit nur nach Art. 19 ALEO (35 VEO) strafbar gemacht.

3. Da das Appellationsgericht den Angeklagten in der irrümlichen Meinung freigesprochen hat, sein Verhalten falle auch nicht unter Art. 19 ALEO (35 VEO), ist das angefochtene Urteil aufzuheben. Doch kann Mehli heute wegen seines Verhaltens im Jahre 1945 nicht mehr bestraft werden. Art. 21 ALEO (37 VEO), wonach die allgemeinen Bestimmungen des Bundesstrafrechts (vom 4. Februar 1853) Anwendung finden, verweist heute auf die entsprechenden Bestimmungen des am 1. Januar 1942 in Kraft getretenen StGB (Art. 334 in Verbindung mit Art. 398 lit. a StGB). Demnach ist die nach Art. 19 ALEO (35 VEO) strafbare Auskunftsverweigerung, deren sich der Angeklagte schuldig gemacht hat, eine Übertretung im Sinne des Art. 101 StGB, und eine solche ist ungeachtet allfälliger Unterbrechungen nach Ablauf eines Jahres absolut verjährt (Art. 72 Ziff. 2, 109 StGB). Die Sache ist daher an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie das Verfahren einstelle (vgl. BGE 69 IV 107) oder, wie der Urteilsspruch in diesem Falle nach baselstädtischem Prozessrecht abgefasst wird (vgl. BGE 72 IV 47), den Angeklagten «wegen Verjährung freispreche». Ob diesem dabei die Kosten des kantonalen Verfahrens auferlegt werden können, ist eine Frage des kantonalen Rechts, die durch die Übernahme der Kosten des Kassationsverfahrens durch die Bundesgerichtskasse nicht präjudiziert wird.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird dahin gutgeheissen, dass das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 9. April 1947 aufgehoben und die Sache zur Einstellung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen wird