

S. 176 / Nr. 37 Altersversicherung (d)

BGE 76 IV 176

37. Urteil des Kassationshofes vom 26. Mai 1950 i. S. Wüthrich gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich.

Regeste:

Art. 87 Abs. 3 AHVG. Wann sind die abgezogenen Arbeitnehmerbeiträge «dem vorgesehenen Zwecke entfremdet»? Vorsatz.

Art. 87 al. 3 LA VS. Quand les cotisations déduites du salaire de l'employé sont-elles «détournées de leur destination»? Intention.

Art. 87 cp. 3 LA VS. Quando le quote dedotte dal salario di un impiegato sono sottratte allo scopo cui sono destinate? Intenzione.

A. - Am 15. April 1948 eröffnete die kantonale AHV-Ausgleichskasse in Zürich dem Wüthrich, der mit fremden Arbeitskräften Reinigungsarbeiten besorgt, dass er verpflichtet sei, mit ihr über die ausbezahlten Löhne abzurechnen und davon Beiträge von 4% an die Alters- und Hinterlassenenversicherung zu entrichten. In der Folge gestattete ihm die Kasse, die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge nach dem Markensystem zu leisten. Wüthrich tat das anfänglich. Später zog er zwar den

Seite: 177

Arbeitnehmern noch immer 2% als Beitrag am Lohne ab, klebte jedoch keine Marken mehr in ihre Bücher. Am 26. November 1948 stellte ihn die Ausgleichskasse deswegen zur Rede. Wüthrich gab zu, die Arbeitnehmerbeiträge seit 1. Juni 1948 regelmässig an den Löhnen abgezogen zu haben, und verpflichtete sich, der Ausgleichskasse in den nächsten Tagen das Lohnbuch vorzulegen. Um jene Zeit erklärte ihm die Kasse, dass er inskünftig über die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge nach dem Kartensystem mit ihr abzurechnen habe. Trotz wiederholter Mahnungen hielt Wüthrich sein Versprechen auf Vorlage des Lohnbuches nicht. Er lieferte auch keine Beiträge ab. Am 28. Juni 1949 setzte daher die Kasse die von ihm zu bezahlenden Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge, Verwaltungskosten und Mahngebühren für die Zeit vom 1. Januar 1948 bis 31. Mai 1949 auf Fr. 3576.- fest und forderte Wüthrich auf, ihr diesen Betrag spätestens innert dreissig Tagen zu bezahlen. Am 15. Juli 1949 reichte sie gegen ihn unter Berufung auf Art. 87 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHVG) Strafanzeige ein. Das veranlasste Wüthrich, seine Lohnbücher vorzulegen und am 19. Juli 1949 auf den von der Ausgleichskasse erstellten Auszügen den Abzug der Arbeitnehmerbeiträge unterschriftlich anzuerkennen. Am 19. August 1949 gab er vor dem Bezirksanwalt zu, an Arbeitnehmerbeiträgen Fr. 294.08 abgezogen zu haben. Trotzdem bezahlte er der Ausgleichskasse nichts, auch nicht, als sie ihn am 15. Oktober 1949 aufforderte, seine bis Ende Juni 1949 auf Fr. 1373.75 angewachsene Schuld innert zehn Tagen zu tilgen.

B. - Am 26. Januar 1950 verurteilte das Obergericht des Kantons Zürich Wüthrich wegen Nichtablieferung der Fr. 294.08, in der es das Vergehen des Art. 87 Abs. 3 AHVG sah, zu einer Busse von Fr. 100.-.

C. - Wüthrich führt gegen dieses Urteil Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, es sei aufzuheben und er

Seite: 178

sei freizusprechen. Er macht geltend, vom Januar bis Ende Juni 1949 sei er im Ausland gewesen und Anfang Juli 1949 habe er sich zur Besprechung der Abrechnung auf das Büro der Ausgleichskasse begeben. Es könne nicht gesagt werden, dass er im Zeitpunkt, der für die Beurteilung massgebend sein müsse, nämlich bei der ohne weitere Warnung erfolgten Einreichung der Strafanzeige, die abgezogenen Arbeitnehmerbeiträge dem vorgesehenen Zwecke entfremdet gehabt habe. Auch habe ihm der auf Entfremdung gerichtete Vorsatz gefehlt. Der Vorsatz dürfe nicht, wie das Obergericht es tue, vermutet, sondern er müsse durch schlüssige Indizien bewiesen werden. Da das Obergericht Wert auf die Feststellung lege, dass er bis zum Verhandlungstage nicht bezahlt habe, habe er inzwischen die Fr. 294.08 einbezahlt. Der wirkliche Grund seines Zögerns liege darin, dass er eine klare Lage über seine Gesamtverpflichtung an die Alters- und Hinterlassenenversicherung habe abwarten wollen; die Ausgleichskasse und er seien nämlich verseheneder Meinung darüber, ob er auch beitragspflichtig sei für Arbeitskräfte, die er nicht selber anstelle, sondern bloss an Dritte vermittele.

D. - Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich beantragt, die Nichtigkeitsbeschwerde sei

abzuweisen.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1.- Nach Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP können mit der Nichtigkeitsbeschwerde weder neue Tatsachen vorgebracht, noch festgestellte Tatsachen bestritten, noch neue Beweismittel eingelegt oder angerufen werden. Soweit der Beschwerdeführer das dennoch tut, ist auf seine Beschwerde nicht einzutreten.

2.- Nach Art. 87 Abs. 3 AHVG ist strafbar, «wer als Arbeitgeber einem Arbeitnehmer Beiträge vom Lohn abzieht, sie indessen dem vorgesehenen Zwecke entfremdete. Dem vorgesehenen Zwecke entfremdet («détournées de leur destination») sind die Arbeitnehmerbeiträge nicht erst, wenn der Arbeitgeber sie verbraucht, sondern schon

Seite: 179

dann, wenn er sie nicht dem Zwecke zuführt, den sie erfüllen sollen. Das ergibt sich besonders deutlich aus dem französischen Text. Die blosse Nichtablieferung oder nicht rechtzeitige Ab Lieferung der Beiträge genügt somit jedenfalls dann, wenn die Ausgleichskasse durch Mahnung des Arbeitgebers kundgetan hat, dass sie die Beiträge ihrem gesetzlichen Zwecke zugeführt haben will. Dieser Zweck besteht nicht bloss darin, dass die Beiträge zur Auszahlung von Renten verwendet werden, sondern auch darin, dass sie in der Zwischenzeit zugunsten des Ausgleichsfonds Zinsen abwerfen (vgl. Art. 102 lit. c AHVG). Wer durch Nichtablieferung die Verwendung zur Auszahlung von Renten oder die nutzbringende Anlage auch bloss vorübergehend verhindert, entfremdet die Beiträge ihrem Zwecke.

Diese Auslegung widerspricht der Rechtsprechung des Kassationshofes nicht, welche vor dem Inkrafttreten des Bundesratsbeschlusses über die Abänderung der Lohnersatzordnung und der Ausführungsverordnung zur Lohnersatzordnung, vom 26. März 1945 (AS 61 160), die blosse Nichtablieferung der Beiträge an die Lohnausgleichskassen durch die Arbeitgeber als nicht strafbar erklärte. Art. 18 der Ausführungsverordnung zum Bundesratsbeschluss über die provisorische Regelung der Lohnausfallentschädigung an aktivdiensttuende Arbeitnehmer, vom 4. Januar 1940 (ALEO), erklärte ursprünglich strafbar, wer sich schuldhafterweise der Auferlegung einer Beitragspflicht ganz oder teilweise entziehe (AS 56 16), und später (Fassung vom 13. März 1942), wer sich durch unwahre oder unvollständige Angaben oder in anderer Weise der Beitragspflicht ganz oder teilweise entziehe (AS 58 249), was dahin ausgelegt wurde, dass die blosse Nichtablieferung der Beiträge nicht genüge, vielmehr die richtige Feststellung der Beitragspflicht vereitelt worden sein müsse (Urteil des Kassationshofes vom 7. Juli 1944 i. S. Otto). Art. 87 Abs. 3 AHVG lautet anders. Nicht zu ersehen ist, weshalb er nicht gleich gefasst worden ist wie Art. 18 Ziff. 1

Seite: 180

Abs. 3 ALEO im Bundesratsbeschluss vom 26. März 1945, lautend: «... wer als Arbeitgeber die Arbeitnehmerbeiträge seinem Arbeitnehmer vom Lohn abzieht, der Kasse aber nicht abgeliefert...» Allein die Abweichung zwingt nicht zum Schluss, dass in der blossen Nichtablieferung oder nicht rechtzeitigen Ab Lieferung abgezogener Arbeitnehmerbeiträge an die Ausgleichskasse keine «Zweckentfremdung» im Sinne des Art. 87 Abs. 3 AHVG erblickt werden dürfe.

3.- Der Beschwerdeführer zog seinen Arbeitnehmern in der dem Urteil zugrunde gelegten Zeit Fr. 294.08 an Beiträgen für die Alters- und Hinterlassenenversicherung ab, lieferte sie aber trotz wiederholter Aufforderung durch die Ausgleichskasse nicht an diese ab. Die Beiträge waren zur Ab Lieferung fällig. Hierüber besteht kein Zweifel, soweit der Beschwerdeführer sie nach dem Markensystem hätte entrichten sollen. Nach diesem System hatte er bei der Post oder bei der Ausgleichskasse Marken zu erstehen und sie den Arbeitnehmern als Quittung für die ihnen abgezogenen Beiträge in ihre Markenbücher einzukleben (Art. j 45 f. VollzVo. zum AHVG). Eine Frist, das zu tun, räumen Gesetz und Verordnung dem Arbeitgeber nicht ein, was den Sinn hat, dass das Einkleben der Marken bei der Lohnauszahlung zu erfolgen hat. Aber auch die Abrechnung nach dem Kartensystem, die dem Beschwerdeführer im November oder Dezember 1948 vorgeschrieben wurde, berechnete ihn nicht, die abgezogenen Arbeitnehmerbeiträge so lange zurückzubehalten, wie er es getan hat. Nach Art. 34 VollzVo. zum AHVG haben die Arbeitgeber in der Regel monatlich und, wenn sie nur wenige Arbeitnehmer beschäftigen, in der Regel vierteljährlich abzurechnen. Für Arbeitgeber, die eine Buchhaltung mit Lohnjournal und individuellen Lohnkonten führen, sieht Art. 35 Abs. 2 und 3 VollzVo. zum AHVG die Möglichkeit vor, im Einverständnis mit der Ausgleichskasse die genaue Abrechnung auf Jahresende vorzunehmen, wobei jedoch monatliche Beiträge in der Höhe von

Seite: 181

rund 4 Prozent der durchschnittlichen Monatslohnsomme zu entrichten sind. Dass ein Übereinkommen im letztgenannten Sinne getroffen worden sei, behauptet der Beschwerdeführer nicht, und das würde ihm auch nichts nützen, da er weder monatliche Teilzahlungen geleistet, noch

auf Jahresende genau abgerechnet hat. Die wiederholten Mahnungen, durch welche die Ausgleichskasse Vorlage der Lohnbücher und Ab Lieferung der Beiträge verlangte, erfolgten zu Recht und bekundeten, dass die Kasse die Beiträge ihrem Zwecke zugeführt haben wollte. Der Beschwerdeführer hat sich objektiv gegen Art. 87 Abs. 3 AHVG vergangen. Ob man bloss sein Verhalten bis zum Eingang der Strafanzeige (15. Juli 1949) oder auch seine Säumnis während des Strafverfahrens bis zum Urteil des Obergerichts (26. Januar 1950) berücksichtige, ist unerheblich, ganz abgesehen davon, dass es nicht eine Frage des eidgenössischen Rechts, sondern des kantonalen Prozessrechtes ist - dessen Anwendung der Kassationshof nicht zu prüfen hat (Art. 269 Abs. 1, Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP) - ob das Obergericht auf den Zeitpunkt der Strafanzeige hätte abstellen sollen.

4.- Vorsätzlich hat der Beschwerdeführer das Vergehen des Art. 87 Abs. 3 AHVG begangen, wenn er in Kenntnis seiner Ablieferungspflicht die abgezogenen Arbeitnehmerbeiträge bewusst und gewollt nicht abgeliefert hat. Diese subjektiven Tatsachen sind vom Obergericht verbindlich festgestellt; der Beschwerdeführer kann sie mit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht bestreiten (Art. 277bis Abs. 1, Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). Er könnte bloss geltend machen, dass das Obergericht von einem falschen Rechtsbegriff des Vorsatzes ausgegangen sei. Das behauptet er aber mit Recht nicht; seine Einwendungen richten sich ausschliesslich gegen die Beweiswürdigung. Übrigens gibt der Beschwerdeführer selber zu, dass er die Arbeitnehmerbeiträge bewusst und gewollt und in Kenntnis seiner Pflicht nicht abgeliefert hat, wenn er geltend macht, er habe es deshalb nicht getan, weil er eine

Seite: 182

klare Lage über seine Gesamtverpflichtung habe abwarten wollen, da die Kasse und er über die Beitragspflicht für bloss vermittelte Arbeitskräfte nicht einig gewesen seien. Bestraft worden ist er nicht wegen Nichtablieferung streitiger, sondern nur wegen Nichtablieferung tatsächlich abzogener, also nichtstreitiger Arbeitnehmerbeiträge.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten werden kann