

BGer H 138/00 vom 6. November 2000

Bundesgericht, 2000-11-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_H_138_00

FR: TF H 138/00 du 6 novembre 2000

IT: TF H 138/00 del 6 novembre 2000

Regeste

Alters- und Hinterlassenenversicherung

Erwägungen

E. 1

Da den beiden Verwaltungsgerichtsbeschwerden derselbe Sachverhalt zu Grunde liegt und sich die gleichen Rechtsfragen stellen rechtfertigt es sich, die beiden Verfahren zu vereinigen und in einem einzigen Urteil zu erledigen (BGE 123 V 215 Erw. 1, 120 V 466 Erw. 1 mit Hinweisen; Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Bd. 1, S. 343 unten f.). Des Weiteren besteht in Bezug auf die Frage der Verwirkung für beide Beschwerdegegner als ehemalige Verwaltungsratsmitglieder der X. _____ AG in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht eine identische prozess- und materiellrechtliche Konstellation, sodass auf eine gegenseitige Beiladung in das Verfahren des jeweils anderen verzichtet werden kann.

E. 2

Da es sich bei der angefochtenen Verfügung nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen handelt, hat das Eidgenössische Versicherungsgericht nur zu prüfen, ob das vorinstanzliche Gericht Bundesrecht verletzt hat, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder ob der rechtserhebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden ist (Art. 132 in Verbindung mit Art. 104 lit. a und b sowie Art. 105 Abs. 2 OG).

E. 3

Streitig ist, ob die Ausgleichskasse die Schadenersatzverfügung gegen die Beschwerdegegner rechtzeitig innerhalb der einjährigen Verwirkungsfrist des Art. 82 Abs. 1 AHVV erlassen hat. a) Gemäss Art. 82 Abs. 1 AHVV verjährt die Schadenersatzforderung, wenn sie nicht innert Jahresfrist seit Kenntnis des Schadens durch Erlass einer Schadenersatzverfügung geltend gemacht wird, auf jeden Fall aber mit Ablauf von 5 Jahren seit Eintritt des Schadens. Nach der Rechtsprechung erlangt die Ausgleichskasse in dem Zeitpunkt Kenntnis vom Schaden, in welchem sie unter Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit erkennen muss, dass die tatsächlichen Gegebenheiten nicht mehr erlauben, die Beiträge einzufordern, wohl aber eine Schadenersatzpflicht begründen können (BGE 121 III 388 Erw. 3b, 119 V 92 Erw. 3, 118 V 195 Erw. 3a, je mit Hinweisen). Bereits in diesem Zeitpunkt beginnt die einjährige Verwirkungsfrist zu laufen. Die fünfjährige Verwirkungsfrist hingegen beginnt mit dem Eintritt des Schadens zu laufen. Der Schaden gilt als eingetreten, sobald anzunehmen ist, dass die geschuldeten Beiträge aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr eingefordert werden können (BGE 121

III 384 Erw. 3/bb, 388 Erw. 3a, 113 V 257 f., je mit Hinweisen). Im Falle eines Konkurses besteht praxismässig in der Regel bereits dann ausreichend Kenntnis des Schadens, wenn die Kollokation der Forderungen eröffnet bzw. der Kollokationsplan (und das Inventar) zur Einsicht aufgelegt wird (BGE 121 V 234 , 119 V 92 Erw. 3, 118 V 196 Erw. 3a, je mit Hinweisen). b) Diese Grundsätze kommen auch bei Durchführung des summarischen Konkursverfahrens zur Anwendung, da dessen Anordnung noch keine Kenntnis des Schadens begründet (BGE 116 V 77 unten mit Hinweisen; AHI-Praxis 1995 S. 189 Erw. 3c; Thomas Nussbaumer, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Artikel 52 AHVG, ZAK 1991 S. 390, derselbe, Das Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG , in: Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, St. Gallen 1998, S. 110). c) Wird der Konkurs weder im ordentlichen noch im summarischen Verfahren durchgeführt, fällt die zumutbare Kenntnis des Schadens und der Eintritt desselben in der Regel mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven zusammen, wobei der Publikationszeitpunkt der Konkurseinstellung im SHAB massgeblich ist (ZAK 1990 S. 289 Erw. 4b und S. 290 Erw. 4c/bb; Nussbaumer, a.a.O., ZAK 1991 S. 390). Voraussetzung für eine ausreichende Kenntnis des Schadens ist aber, dass die Ausgleichskasse zu diesem Zeitpunkt bereits alle tatsächlichen Umstände über die Existenz, die Beschaffenheit und die wesentlichen Merkmale des Schadens (BGE 116 II 160 Erw. 4a mit Hinweis, 116 V 76 Erw. 3b; ZAK 1992 S. 251 unten), sowie die Person des Ersatzpflichtigen (Nussbaumer, a.a.O., ZAK 1991 S. 390) kennt. Da die ausstehende Beitragsforderung Grundlage für die Höhe des Schadens bildet, kann daher eine Kenntnis bei der Publikation der Konkurseinstellung nur dann angenommen werden, wenn die Ausgleichskasse zu diesem Zeitpunkt bereits in der Lage ist, die Höhe der Beitragsforderung zu beziffern (nicht veröffentlichtes Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen S. vom 7. Januar 2000, H 224/98).

E. 4

a) Das kantonale Gericht ist mit Blick auf die am 1. Januar 1997 in Kraft getretene Änderung und Straffung der Privilegienordnung des Art. 219 Abs. 4 SchKG , wonach die sozialversicherungsrechtlichen Beitragsforderungen nicht mehr privilegiert in der zweiten Klasse, sondern neu mit allen übrigen Forderungen in der dritten Klasse eingereiht sind, von der bisherigen Rechtsprechung abgewichen. Zur Begründung führte es im Wesentlichen an, dass die nicht privilegierten Gläubiger infolge der Konkursöffnung über den Schuldner davon ausgehen müssten, dass ihre Forderungen nicht voll gedeckt werden, ansonsten es in aller Regel nicht zur Konkursöffnung gekommen wäre. Entsprechend müssten seit Inkrafttreten des neuen SchKG die Ausgleichskassen grundsätzlich bereits ab Publikation der Konkursöffnung über den Beitragsschuldner - und nicht erst ab Auflegung des Kollokationsplanes - hinreichend Kenntnis vom Umstand haben, dass ihre Forderung durch die Dividende, die sie im Konkurs erwarten dürften, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht voll gedeckt sein würden. Aufgrund einer Auskunft des Konkursamtes Bern sei davon auszugehen, dass nur ausnahmsweise, in höchstens ein bis zwei Prozent der eröffneten Konkurse, ein Gläubiger in einem Konkurs voll befriedigt werde. Die Verwirkungsfrist gemäss Art. 82 Abs. 1 AHVV für Schadenersatzforderungen nach Art. 52 AHVG , die seit dem 1. Januar 1997 entstanden seien, beginne daher in der Regel bereits mit der Publikation der Konkursöffnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB). Zu diesem Zeitpunkt habe die Ausgleichskasse Kenntnis über alle wesentlichen Umstände, die geeignet seien, ihre Klage zu begründen. Sie könne ohne weiteres die Höhe der maximalen Schadenersatzforderung (nicht entrichtete Beitragszahlungen, Mahn- und Verwaltungskosten, eventuell Verzugszins) und die

Schadenersatzpflichtigen (zumindest die formellen Organe) eruieren. Gemäss Rechtsprechung (BGE 121 V 240) löse ferner bereits die zumutbare Kenntnis eines Teilschadens die Verwirkungsfrist aus. Am Ergebnis ändere im Übrigen auch der Einwand der Ausgleichskasse nichts, dass anlässlich der 11. AHV-Revision bereits wieder Bestrebungen in Richtung Privilegierung der AHV-Forderungen im Gange seien (nunmehr Art. 219 Abs. 4 zweite Klasse lit. b SchKG in der Fassung gemäss Gesetzesänderung vom 24. März 2000, AS 2000 S. 2531 f.; vgl. auch die parlamentarische Initiative der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 26. März 1999, BBl 1999 9126 ff, und Amtl. Bull. 2000 S 110, 229, N 368, 464, 1999 N 2430). b) Nach der dargelegten Rechtsprechung (Erw. 3 hievore), welche SchKG-rechtlich privilegierte Beitragsforderungen betraf, ist die Ausgleichskasse nicht befugt, mit der Geltendmachung ihrer Schadenersatzforderung bis zu jenem Zeitpunkt zuzuwarten, in welchem sie das - grundsätzlich erst bei Abschluss des Konkursverfahrens feststehende - absolut genaue Ausmass ihres Verlustes kennt. Vielmehr wird von ihr verlangt, dass sie von dem Zeitpunkt an, in dem sie alle tatsächlichen Umstände über die Existenz, die Beschaffenheit und die wesentlichen Merkmale des Schadens kennt, sich über die Einzelheiten eines allfälligen Schadenersatzanspruchs informiert (BGE 116 V 76 Erw. 3b). In BGE 116 V 75 Erw. 3b hat das Eidgenössische Versicherungsgericht sodann unter Hinweis auf BGE 113 V 182 Erw. 2 und 112 V 161 festgehalten, bei Konkursen sei Kenntnis des Schadens grundsätzlich bei Auflage des Kollokationsplanes (und des Inventars) anzunehmen, da der Gläubiger zu diesem Zeitpunkt im Allgemeinen in der Lage sei oder wäre, den Stand der Aktiven, die Kollokation seiner Forderung und die voraussichtliche Dividende zu kennen. Die Rechtsprechung hat es abgelehnt, den fraglichen Zeitpunkt vorzuverlegen und beispielsweise die Schadenskenntnis der Ausgleichskasse bereits im Zeitpunkt der ersten Gläubigerversammlung, der Ausstellung eines provisorischen Verlustscheins oder der Anordnung des summarischen Konkursverfahrens anzunehmen (vgl. dazu die Übersicht der Fälle in BGE 116 V 77 Erw. 3c; in gleichem Sinne auch BGE 116 II 161 Erw. 4a sowie 119 V 92 Erw. 3). In der Literatur wurde diese Rechtsprechung teilweise beanstandet (Paul Cadotsch, Wann hat die AHV-Ausgleichskasse Kenntnis des im Konkurs eines Arbeitgebers erlittenen Schadens, SZS 1988 S. 243 ff.) und im Ergebnis gefordert, grundsätzlich sei hinsichtlich der Schadenskenntnis auf den Schluss des Konkursverfahrens beziehungsweise auf den Zeitpunkt der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven abzustellen, wobei diese Kenntnis aber auch schon früher anzunehmen sei, falls sich der Verlust der Beitragsforderung etwa aus dem Erhalt eines Verlustscheins ergebe. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat sich mit dieser Kritik in BGE 116 V 78 Erw. 3c eingehend auseinandergesetzt und dargelegt, weshalb an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten sei. Unter Hinweis auf die Urteile B. vom 18. September 1992 (ZAK 1992 S. 479 Erw. 3b) und H. vom 1. Februar 1995 (AHI 1995 S. 164 Erw. 4d) befürwortete das Gericht im Urteil G. vom 27. April 1995 (AHI 1995 S. 189 Erw. 3c) sowie in BGE 121 V 240 Erw. 3c/aa eine ausnahmsweise Verlegung des Zeitpunktes der Schadenskenntnis vor die Auflage des Kollokationsplanes, wobei es in diesen Fällen die Schadenskenntnis im Zeitpunkt der ersten Gläubigerversammlung sowie eines nicht genehmigten Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung bejahte. Dabei wurde bereits die zumutbare Kenntnis eines Teilschadens für ausreichend befunden, indessen ausgeführt, im Hinblick auf die Interessen der geschädigten Gläubiger verbiete es sich, einen früheren Beginn der Frist leichthin anzunehmen (BGE 121 V 241 f. Erw. 3c/bb mit Hinweisen). Im nicht veröffentlichten Urteil S. und K. vom 2. Dezember 1999, H 250/98 und H 252/98, wurde

eine Vorverschiebung des Zeitpunkts der Schadenskenntnis im Falle der Anordnung eines summarischen Konkursverfahrens sodann in Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung, wonach eine Vorverlegung nur in Ausnahmefällen zugelassen sei, abgelehnt. Schliesslich hat das Gericht entschieden, dass allein aus der Tatsache, dass die Aktiengesellschaft in Anwendung von Art. 708 Abs. 4 OR in Verbindung mit Art. 86 Abs. 2 HRegV von Amtes wegen aufgelöst wurde, sich nicht ableiten lässt, die geschuldeten Beiträge könnten nicht mehr erhoben werden. Solange die Liquidation der Gesellschaft nicht durchgeführt sei, stehe noch nicht fest, ob der Ausgleichskasse ein Schaden entstehen werde (nicht veröffentlichtes Urteil M. vom 13. März 1998, H 209/97). c) Diese Überlegungen haben auch unter der Herrschaft der am 1. Januar 1997 in Kraft getretenen und für sozialversicherungsrechtliche Beitragsforderungen auf den 1. Januar 2001 bereits wieder rückgängig gemachten (Erw. 4a am Ende hievor; AS 2000 S. 2532) Änderung der Privilegienordnung des Art. 219 Abs. 4 SchKG Geltung. Wie das Bundesamt für Sozialversicherung zu Recht darauf hinweist, beruht die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zum Regelzeitpunkt der Schadenskenntnis letztlich auf dem Gedanken der Harmonisierung der zivilrechtlichen mit den öffentlich-rechtlichen Grundsätzen. Ausgehend von den inhaltlich gleich umschriebenen Begriffen "Kenntnis vom Schaden" und "Kenntnis des Schadens" (vgl. Art. 60 Abs. 1, Art. 67 Abs. 1 und Art. 760 OR mit Art. 82 Abs. 1 AHVV) und der dazu ergangenen höchstrichterlichen Gerichtspraxis (BGE 112 II 123 Erw. 4, 111 II 57 und 167; vgl. nunmehr auch BGE 121 III 388 Erw. 3b, 119 V 92 Erw. 3, 118 V 195 Erw. 3a, 116 II 160 Erw. 4a) erachtete das Eidgenössische Versicherungsgericht den Zeitpunkt der Schadenskenntnis im Konkursfalle in der Regel mit der Auflage des Kollokationsplanes als gegeben (BGE 113 V 181 Erw. 2, 112 V 161; bestätigt mit BGE 121 V 234 und 240, 116 V 72). Es glied damit seine bisherige Praxis der im Zivilrecht (BGE 111 II 167 Erw. 1a, bestätigt in BGE 122 III 195 und 116 II 158) und im übrigen öffentlichen Recht (BGE 108 Ib 100 betreffend Art. 20 VG) geltenden Rechtsprechung an. Letztere erging - was entscheidend ist und womit sich das kantonale Gericht nicht auseinandersetzt - in Zusammenhang mit den übrigen Forderungen der früheren fünften Klasse von Art. 219 Abs. 4 SchKG. So hat das Bundesgericht im Rahmen einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage zum Fristbeginn nach Art. 760 OR ausgeführt, mit Rücksicht auf die Interessen der geschädigten Gläubiger verbiete es sich, einen früheren Verjährungsbeginn leichthin anzunehmen, "beispielsweise schon die aus der Konkurseröffnung sich ergebende Kenntnis der Gläubiger, dass sie in grösserem oder geringerem Mass zu Verlust kommen werden", als genügend zu betrachten (BGE 116 II 162). Im Lichte dieser Rechtsprechung kommt dem Wegfall des Konkursprivilegs für die Beitragsforderungen keine wesentliche Bedeutung für den Zeitpunkt der Schadenskenntnis zu, sodass sich der Standpunkt der Vorinstanz als nicht überzeugend erweist. Schon aus diesem Grund drängt sich für das Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG keine abweichende Regelung auf, ansonsten die erreichte Harmonisierung für einen Teilbereich der Schadenersatzklagen wieder aufgegeben würde. Abgesehen davon kann entgegen der Auffassung der Vorinstanz im Zeitpunkt der Konkurseröffnung im Regelfall noch nicht die Kenntnis des Schadens angenommen werden. Zu diesem Zeitpunkt dürfte meistens noch nicht einmal die genaue Höhe der Beitragsschuld der Ausgleichskasse feststehen. Für deren Ermittlung hat die Ausgleichskasse nach der Publikation der Konkurseröffnung zunächst die vorgeschriebene Arbeitgeberkontrolle gemäss Art. 162 Abs. 1 AHVV durchzuführen (vgl. dazu auch das Kreisschreiben an die Ausgleichskassen über die Kontrolle der Arbeitgeber vom 1. Januar 1994 und die Weisungen an die Revisionsstellen über die

Durchführung der Arbeitgeberkontrollen vom 1. Januar 1994). Erst nach erfolgter Arbeitgeberkontrolle steht überhaupt fest, ob und in welcher Höhe der Ausgleichskasse bis zur Konkurseröffnung Beitragsforderungen zustehen. Im Regelfall käme aus diesem Grunde frühestens der Zeitpunkt der Arbeitgeberkontrolle nach Art. 162 Abs. 1 AHVV als massgebender Stichtag in Frage. Es besteht jedoch kein Anlass, den Regelzeitpunkt entgegen der bisherigen Rechtsprechung auf diesen Zeitpunkt vorzuverschieben. Zum einen ist die Schadenersatzforderung nicht identisch mit der Beitragsforderung (BGE 123 V 171 Erw. 3a, 119 V 95; AHI 1996 S. 131 unten), weshalb für den Eintritt eines Schadens zuerst der vollständige oder teilweise Verlust der Beitragsforderung feststehen muss. Für die Schadenskenntnis bedarf es daher neben der Konkurseröffnung und der Arbeitgeberkontrolle zusätzlicher Erkenntnisse. Zum andern hat es das Eidgenössische Versicherungsgericht erst kürzlich abgelehnt, im Falle der Anordnung eines summarischen Konkursverfahrens nach Art. 231 SchKG (in der bis Ende 1996 gültig gewesenen Fassung), den Zeitpunkt der Schadenskenntnis vorzuverlegen (nicht veröffentlichte Urteile in Sachen I. vom 27. Juni 2000 [H 12/99] und S. sowie K. vom 2. Dezember 1999 [H 250/98 und H 252/98]). Schliesslich nimmt das Eidgenössische Versicherungsgericht in Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 116 II 162 , 111 II 55 Erw. 3a) angesichts der kurzen Frist von einem Jahr zur Geltendmachung der Schadenersatzforderung im Interesse des Gläubigers nicht leichtthin einen früheren Zeitpunkt der Schadenskenntnis an (BGE 121 V 242), zumal eine Ausgleichskasse bei verfrühtem Vorgehen die Abweisung ihrer Klage riskiert (erwähntes Urteil M. vom 13. März 1998, H 209/97). An der bisherigen Rechtsprechung ist auch nach der Änderung der konkursrechtlichen Privilegienordnung weiterhin festzuhalten. d) Da aufgrund der Akten keine Gründe ersichtlich sind, die im Sinne der bisherigen Rechtsprechung für eine ausnahmsweise Vorverlegung des Zeitpunkts der Schadenskenntnis im vorliegenden Fall sprechen, erweisen sich die Verfügungen der Ausgleichskasse vom 21. Juni 1999 angesichts der vom 14. September bis 4. Oktober 1998 erfolgten Auflage des Kollokationsplanes (vgl. dazu Art. 250 Abs. 1 SchKG in der ab 1. Januar 1997 gültigen Fassung) als rechtzeitig (BGE 121 V 234 , 119 V 95 Erw. 4c; AHI 1996 S. 129 Erw. 2a). Die Sache geht daher an das kantonale Gericht zurück, damit dieses nach Prüfung der weiteren materiellen Haftungsvoraussetzungen über die Schadenersatzklagen der Ausgleichskasse Hotela neu entscheide.

E. 5

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Beschwerdegegner kostenpflichtig unter solidarischer Haftbarkeit (Art. 134 OG e contrario in Verbindung mit Art. 156 OG). Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht: I. In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerden werden die vorinstanzlichen Entscheide vom 6. März 2000 aufgehoben und die Sache an das Verwaltungsgericht des Kantons Bern zurückgewiesen, damit dieses nach Prüfung der weiteren materiellen Haftungsvoraussetzungen über die Schadenersatzklagen der Ausgleichskasse Hotela neu entscheide. II. Die Gerichtskosten von Fr. 3000.- werden den Beschwerdegegnern je zur Hälfte unter solidarischer Haftbarkeit für den ganzen Betrag auferlegt. III. Dieses Urteil wird den Parteien, der Ausgleichskasse Hotela und dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, zugestellt. Luzern, 6. November 2000 Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts Der Präsident der I. Kammer: Der Gerichtsschreiber:

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