

# **BGer H\_307/1999 vom 6. Februar 2001**

Bundesgericht, 2001-02-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_H\\_307\\_1999](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_H_307_1999)

FR: TF H\_307/1999 du 6 février 2001

IT: TF H\_307/1999 del 6 febbraio 2001

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann nur so weit eingetreten werden, als Sozialversicherungsbeiträge kraft Bundesrechts streitig sind. Im vorliegenden Verfahren ist daher nicht zu prüfen, wie es sich bezüglich der Beitragsschuld gegenüber der Ausgleichskasse für kantonale Familienzulagen verhält ( BGE 124 V 146 Erw. 1 mit Hinweis).

### **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**

Die im vorliegenden Fall massgebenden rechtlichen Grundlagen ( Art. 52 AHVG , Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV ) und die zur subsidiären Haftbarkeit der Organe (vgl. statt vieler BGE 123 V 15 Erw. 5b) sowie zum materiellen Organbegriff ( BGE 114 V 213 ; Nussbaumer, Das Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG , in: Schaffhauser/Kieser [Hrsg.], Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, St. Gallen 1998, S. 102) und zur Haftungsvoraussetzung des zumindest grobfahrlässigen Verschuldens ( BGE 108 V 186 Erw. 1b, 193 Erw. 2b; ZAK 1985 S. 576 Erw. 2, 619 Erw. 3a) ergangene Rechtsprechung finden sich im kantonalen Entscheid zutreffend wiedergegeben. Darauf kann verwiesen werden. Dies gilt auch für die Vorschriften über die einjährige Verwirkungsfrist, welche die gesetzliche Ordnung der Gläubigerin einräumt ( Art. 82 Abs. 1 AHVV ; BGE 121 III 388 Erw. 3b, 119 V 92 Erw. 3, 118 V 195 Erw. 2b, je mit Hinweisen).

### **E. 4**

Streitig und zu prüfen ist vorab, ob die Schadenersatzverfügungen der Ausgleichskasse innerhalb der einjährigen Verwirkungsfrist ergangen sind.

a) Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht erst kürzlich bestätigt hat, steht, solange die Liquidation einer Gesellschaft nicht durchgeführt ist, noch nicht fest, ob der Ausgleichskasse ein Schaden entstehen werde (zur Publikation vorgesehenes Urteil B. vom 6. November 2000 [H 137/00]; nicht veröffentlichtes Urteil M. vom 13. März 1998 [H 209/97]). Ein Schaden tritt erst ein, wenn die Ausgleichskasse in der gegen den Arbeitgeber

eingeleiteten Betreuung auf Pfändung zu Verlust gekommen ist ( BGE 113 V 258 ; ZAK 1990 S. 288). Dass eine Gesellschaft ohne Organe ist, ändert an dieser Rechtslage nichts, steht doch den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern das Recht zu, von der zuständigen Vormundschaftsbehörde gemäss Art. 393 Ziff. 4 ZGB zu verlangen, dass sie vorübergehend einen Gesellschaftsbeistand bestellt (Bürgi, Zürcher Kommentar, Zürich 1979, N 18 zu Art. 740 OR ). Dieser hat einen Liquidator zu ernennen, worauf das ordentliche Liquidationsverfahren durchgeführt werden kann (bereits erwähntes Urteil H 209/97).

Die Ausgleichskasse hat sich mit den Nachzahlungsverfügungen vom 21. Dezember 1993 denn auch an die primär haftende Gesellschaft gehalten. Zu einer Betreuung auf Pfändung kam es indessen nicht, nachdem am 10. Juli 1995 über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wurde.

b) Im Falle eines Konkurses besteht praxisgemäss in der Regel ausreichend Kenntnis des Schadens, wenn die Kollokation der Forderungen eröffnet bzw. der Kollokationsplan (und das Inventar) zur Einsicht aufgelegt wird ( BGE 121 V 234 mit Hinweisen). 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; Thomas Nussbaumer, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Artikel 52 AHVG, in: ZAK 1991 S. 390).

Die Ausgleichskasse hat ihre Schadenersatzverfügungen vom 15. August 1996 innerhalb eines Jahres seit der am 20. Mai 1996 erfolgten Einstellung des Konkurses mangels Aktiven erlassen. Angesichts des konkursrechtlichen Privilegs der AHV-Beitragsforderung (Art. 219 Abs. 4 zweite Klasse lit. f-h SchKG in der bis Ende 1996 gültig gewesenen und hier anwendbaren Fassung) braucht es für ein Abgehen vom Regelzeitpunkt qualifizierte Umstände. Solche sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich, wie bereits das kantonale Gericht zutreffend festgestellt hat. Die Vorinstanz durfte daher ohne Verletzung von Bundesrecht als fristauslösende Kenntnis die Einstellung des Konkursverfahrens und damit den rechtzeitigen Erlass der Schadenersatzverfügungen annehmen.

## **E. 5**

a) Der Schadenersatzforderung von Fr. 69'081.30 liegen Arbeitsentgelte zugrunde, welche die X. \_\_\_\_\_ AG gemäss Nachzahlungsverfügungen vom 21. Dezember 1993 in den Jahren 1988 bis 1991 ausgerichtet hat; dazu kamen Verzugszinsen gemäss Abrechnung vom 26. Juli 1995. Die von der nunmehr aufgelösten Firma erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Glarus mit Entscheid vom 8. November 1994 ab. Auf die dagegen eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde trat das Eidgenössische Versicherungsgericht mit Urteil vom 12. Juli 1995 nicht ein. Eine Überprüfung der Rechtmässigkeit der Verfügungen hat im vorliegenden Verfahren nicht mehr zu erfolgen (ZAK 1991 S. 126 Erw. II/1b; nicht veröffentlichtes Urteil G. vom 29. Dezember 2000 [H 136/00]). Von der Beitragspflicht zu unterscheiden ist die Schadenersatzpflicht der verantwortlichen Organe der Arbeitgeberin. Nachstehend zu prüfen ist daher, ob die Beschwerdeführer den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden als subsidiär haftende Organe der konkursiten Gesellschaft grobfahrlässig verursacht haben.

b) Das kantonale Gericht kam zum Schluss, dass den Beschwerdeführern keine Verletzung der Beitragsabrechnungspflicht schlüssig nachgewiesen werden könne.

Gemäss den Feststellungen im Entscheid vom 8. November 1994 gingen die für die Jahre 1988 bis 1991 nacherfassten Arbeitsentgelte an Schweizer, Deutsche und Österreicher. Art. 1 Abs. 1 lit. c AHVG (in der bis 31. Dezember 1996 gültig gewesenen Fassung) konnte lediglich entnommen werden, dass Schweizer Bürger, die im Ausland für einen Arbeitgeber in der Schweiz tätig sind und von diesem entlohnt werden, obligatorisch bei der AHV versichert sind. Die AHVGesetzgebung enthält keine Regelung, welche gestützt auf allfällige in den Sozialversicherungsabkommen enthaltene Gleichbehandlungsklauseln die in dieser Bestimmung normierte Versicherungspflicht von Schweizerbürgern und damit auch die Beitragspflicht auf Arbeitnehmer, die aus ausländischen Vertragsstaaten stammen, ausdehnen würde; eine solche ausdehnende Interpretation der Gleichbehandlungsklauseln hat das Eidgenössische Versicherungsgericht erstmals im Jahre 1986 vorgenommen ( BGE 112 V 337 ; vgl. auch BGE 118 V 72 Erw. 4b). Die Rechtslage kompliziert sich zudem, wenn es um die Beitragspflicht von auf einem Hochseeschiff tätigen Personen geht (vgl. BGE 114 V 209 auf Hochseeschiffen mit Schweizerflagge einer schweizerischen Reederei beschäftigte bundesdeutsche und österreichische Seeleute betreffend). Die Versicherteneigenschaft ist in diesem Fall davon abhängig, ob sich die Gleichbehandlungsklausel des Sozialversicherungsabkommens auf die Seeleute erstreckt. Ebenso gibt es Ausnahmen von der Beitragspflicht für Schweizerbürger, wenn das Schiff die Flagge eines bestimmten ausländischen Staates führt (vgl. dazu Erwägung 2a des kantonalen Urteils vom 8. November 1994 mit Hinweis auf das vom Bundesamt für Sozialversicherung herausgegebene Kreisschreiben über die Versicherungspflicht [KSV]).

Im vorinstanzlichen Verfahren gaben die Beschwerdeführer an, sie hätten im Jahre 1987 für sämtliche Seeleute, die auf ihrem unter panamaischer Flagge laufenden Schiff angestellt waren, abgerechnet, da sie diesen möglichst attraktive Anstellungsbedingungen hätten bieten wollen. Dies sei von der Kasse jedoch nicht akzeptiert worden mit der Begründung, nur Schweizer könnten sich freiwillig versichern. Diese habe nur die Mitarbeiter der Koordinationsstelle in der Schweiz beitragsmässig erfasst. Hinzu komme, dass mit der Ausgleichskasse des Kantons Zürich bezüglich der Z.\_\_\_\_\_ AG - welche ebenfalls von den Beschwerdeführern geleitet wurde - nie habe abgerechnet werden müssen. Erst anlässlich der Arbeitgeberkontrolle Ende 1993 sei die Firma auf ein Kreisschreiben über die Abrechnungspflicht im Hochseeschiffahrtswesen aufmerksam gemacht worden. Das ihr vorher abgegebene "Merkblatt für Arbeitnehmer im Ausland und ihre Angehörigen über ihr Verhältnis zur Schweizerischen AHV/IV (Bestell-Nr. 1.05, gültig ab 1.1.1987)" habe noch den Hinweis enthalten, dass die nicht unter Schweizer Flagge fahrenden Seeleute kein Abrechnungsverhältnis zur schweizerischen AHV hätten. Diese Ausführungen sind von der Ausgleichskasse nicht widerlegt worden.

Auf Grund der Akten bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die X.\_\_\_\_\_ AG von der Ausgleichskasse darauf

hingewiesen worden wäre, dass sie für ihre auf dem unter panamaischer Flagge laufenden Schiff tätigen Arbeitnehmer abzurechnen habe. Dazu wäre die Kasse jedoch gestützt auf eine vor dem 1. Juni 1988 publizierte AHV-Mitteilung des BSV verpflichtet gewesen. In deren Rz 356 wurden die Ausgleichskassen ersucht, alles Nötige zu veranlassen, um die Erfassung der in der Mitteilung genannten Staatsbürger auf ausländischen Hochseeschiffen spätestens ab 1. Januar 1988 sicherzustellen. In der Folge hat das BSV auch das KSV entsprechend angepasst.

Angesichts der dargelegten Umstände ist zu schliessen, dass zumindest bis zum Zeitpunkt der Arbeitgeberkontrolle im November 1993 für die Arbeitgeberin keine volle Klarheit über die Beitragspflicht bestand. Dies hat die Gesellschaft und ihre Organe zwar nicht von der Beitragsabrechnungs- und Zahlungspflicht befreit, ist bei der Beurteilung der Verschuldensfrage jedoch zu berücksichtigen.

c) Im Hinblick auf den am 4. Juli 1994 erfolgten Rücktritt aus dem Verwaltungsrat stellt sich sodann die Frage, ob den Beschwerdeführern zum Vorwurf gemacht werden kann, nicht für eine ordnungsgemässe Bezahlung der vor diesem Zeitpunkt in Rechnung gestellten Beiträge gesorgt zu haben ( BGE 112 V 4 Erw. 3c) oder die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft grobfahrlässig verursacht und damit die Bezahlung der Forderung zum Vornherein verunmöglicht zu haben ( BGE 112 V 5 Erw. 3d; ZAK 1985 S. 581 f.). Während die Vorinstanz das qualifizierte Verschulden mit der Missachtung der aktienrechtlichen Liquidationsvorschriften ( Art. 739 ff. OR ) begründet, bestreiten die Beschwerdeführer, schuldhaft gehandelt zu haben.

d) Gemäss den Angaben der Beschwerdeführer wurde das Schiff im Sommer 1992 verkauft und die Firma anschliessend "still" liquidiert. Erfolgt die Auflösung einer Aktiengesellschaft nicht durch Konkurs oder richterliches Urteil, so ist sie vom Verwaltungsrat zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ( Art. 737 OR ). Die Liquidatoren haben die aus den Geschäftsbüchern ersichtlichen oder in anderer Weise bekannten Gläubiger durch besondere Mitteilung, unbekannte Gläubiger und solche mit unbekanntem Wohnort durch öffentliche Bekanntmachung im SHAB von der Auflösung der Gesellschaft in Kenntnis zu setzen und zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern ( Art. 742 Abs. 2 OR ). Die Mitteilung für unbekannte Gläubiger mittels öffentlicher Bekanntmachung ist zwingend (Christoph Stäubli in: Honsell/Vogt/Watter, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, N 4 zu Art. 742 OR ). Für streitige Verbindlichkeiten ist ein entsprechender Betrag zu hinterlegen ( Art. 744 Abs. 2 OR ); die Verteilung darf frühestens nach Ablauf eines Jahres vollzogen werden, von dem Tage an gerechnet, an dem der Schuldenruf zum drittenmal ergangen ist ( Art. 745 Abs. 2 OR ). Die Verantwortlichen der X. \_\_\_\_\_ AG haben weder die Liquidation im SHAB angemeldet noch einen öffentlichen Schuldenruf durchgeführt. Damit haben sie vorsätzlich oder zumindest grobfahrlässig Vorschriften des Gläubigerschutzes missachtet. Auch ein keine spezifischen und ausdrücklichen AHV-Vorschriften verletzendes Verhalten kann die Haftung nach Art. 52 AHVG auslösen, wenn dadurch die Zahlungsunfähigkeit gegenüber der Ausgleichskasse begründet wird (vgl. ZAK 1985 S. 581 f. Erw. 5b).

e) Die Beschwerdeführer bestreiten einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen ihrem Vorgehen bei der Firmenauflösung - namentlich dem Unterlassen einer Benachrichtigung des Richters im Sinne von Art. 743 Abs. 2 OR - und dem eingetretenen Schaden. Nach der Rechtsprechung hat ein Ereignis dann als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges demnach durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint ( BGE 119 V 406 Erw. 4a). An einem adäquaten Kausalzusammenhang fehlt es, wenn auch ein pflichtgemässes Verhalten den Schaden nicht hätte verhindern können. Über die Frage, ob der Arbeitgeber auch bei pflichtgemässigem Verhalten die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge tatsächlich hätte begleichen können, lassen sich gemäss der Natur der Dinge nur Hypothesen aufstellen, weshalb sie nach Erfahrungssätzen zu

beurteilen ist. Dabei gilt der Beweis als geleistet, wenn der Richter gestützt auf die ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen die Überzeugung gewinnt, ein pflichtgemässes Verhalten hätte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ( BGE 125 V 195 Erw. 2) die durch Erfahrungssätze indizierten Auswirkungen gezeitigt (Thomas Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG , in: AJP 1996 S. 1081).

Im vorinstanzlichen Verfahren gaben die Beschwerdeführer an, die Gesellschaft sei über das Jahr 1991 hinaus nicht mehr tätig gewesen. Die verbliebenen Aktivitäten seien von der Z.\_\_\_\_\_ AG übernommen worden. Die Gesellschaft sei Ende 1991 schuldenfrei dagestanden. Bis zum Erlass der Nachzahlungsverfügungen vom 21. Dezember 1993 hätten keinerlei Drittschulden bestanden. Diese Sachverhaltsdarstellung steht zwar im Widerspruch zu der am 12. Mai 1995 im Verfahren über die Beitragspflicht (H 127/95) gemachte Aussage, wonach die X.\_\_\_\_\_ AG sich seit 1992 in überschuldetem Zustand befand. Indes ist schwer nachvollziehbar, wie eine Aktiengesellschaft, welche ihre Tätigkeit in unverschuldetem Zustand einstellt und ein halbes Jahr später auch noch ihren wichtigsten Aktivposten veräussert, überschuldet sein kann. Den Nachweis vermöchten die Beschwerdeführer höchstens zu erbringen, wenn sie ihre Pflichten effektiv wahrgenommen und einen Schuldenruf durchgeführt hätten. Ein solcher hätte gegenüber der Ausgleichskasse zumindest eine Signalwirkung ausgelöst und sie veranlasst, im Jahre 1992 die gemäss Art. 162 Abs. 1 AHVV bei Auflösung eines Unternehmens durchzuführende Kontrolle vorzunehmen. Die Verteilung des Erlöses aus dem Schiffsverkauf hätte dann erst nach der Tilgung der Beitragsschulden oder der Hinterlegung einer entsprechenden Summe erfolgen dürfen. Dem passiven Verhalten der Beschwerdeführer kann die kausale Bedeutung für den eingetretenen Schaden daher nicht abgesprochen werden.

## **E. 6**

Der unter dem Titel von Art. 52 AHVG zu ersetzende Schaden umfasst nebst den ausstehenden Beiträgen auch die Verzugszinsen für rückständige Beiträge ( Art. 41bis AHVV ) bis zur Eröffnung des Konkurses ( Art. 209 SchKG ) über die Arbeitgeberfirma ( BGE 119 V 85 Erw. 5; Knus, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, Diss. Zürich 1989, S. 42 ff., insbesondere S. 45 oben; Thomas Nussbaumer, a.a.O., in: ZAK 1991 S. 433). Daran ändert nichts, dass die Verzugszinsen erst nach dem Austritt der Beschwerdeführer aus dem Verwaltungsrat und nach der Konkurseröffnung in Rechnung gestellt wurden, handelt es sich bei der betreffenden Forderung doch um eine Folge der Verletzung der Beitragsablieferungspflicht für die Jahre 1988 bis 1991. Im Übrigen kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden, denen das Eidgenössische Versicherungsgericht nichts beizufügen hat. Was in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde dagegen vorgebracht wird, vermag zu keinem anderen Ergebnis zu führen.

## **E. 7**

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend gehen die Kosten zu Lasten der Beschwerdeführer ( Art. 134 OG e contrario; Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG ).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

II. Die Gerichtskosten von Fr. 4000.- werden den Beschwerdeführern auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

III. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgesicht des Kantons Glarus und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.

Luzern, 6. Februar 2001

Im Namen des

Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der I. Kammer:

Die Gerichtsschreiberin:

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