

«AZA 7»

H 235/99

H 260/99 Gb

IV. Kammer

Bundesrichter Borella, Rüedi und Bundesrichterin Leuzinger; Gerichtsschreiber Hadorn

Urteil vom 5. Februar 2001

in Sachen

U._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Advokat Dr. Heiner Schärner, Aeschenvorstadt 67, Basel,

gegen

Ausgleichskasse des Schweizerischen Gewerbes, Brunnmattstrasse 45, Bern, Beschwerdegegnerin,

und

Ausgleichskasse des Schweizerischen Gewerbes, Brunnmattstrasse 45, Bern, Beschwerdeführerin,

gegen

U._____, Beschwerdegegner, vertreten durch Advokat Dr. Heiner Schärner, Aeschenvorstadt 67, Basel,

und

Versicherungsgericht des Kantons Basel-Landschaft, Liestal

A.- Mit Verfügung vom 22. August 1994 verpflichtete die Ausgleichskasse des Schweizerischen Gewerbes U._____, Verwaltungsrat der in Konkurs gefallenen Firma J._____ AG, in solidarischer Haftung mit vier weiteren Verwaltungsräten Schadenersatz im Ausmass von Fr. 290'701.45 für nicht abgelieferte Sozialversicherungsbeiträge zuzüglich Verzugszinsen und Mahngebühren zu leisten.

B.- Auf Einspruch von U._____ klagte die Kasse auf Bezahlung des genannten Betrages. Mit Entscheid vom 1. Juli 1998 hiess das Versicherungsgericht des Kantons Basel-Landschaft die Klage im Umfang von Fr. 80'395.55 gut.

C.- U._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen und beantragen, es seien der kantonale Entscheid aufzuheben und die Klage der Kasse abzuweisen.

Die Ausgleichskasse und das Bundesamt für Sozialversicherung schliessen auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Die als Mitinteressierte beigeladenen C._____, A._____, G._____ und S._____ lassen sich zur Sache vernehmen, ohne einen Antrag zu stellen.

D.- Die Ausgleichskasse erhebt ihrerseits Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit den Anträgen, U._____ sei zur Leistung von Schadenersatz im Betrag von Fr. 290'701.45 zu verpflichten. Eventuell sei die Sache zur Neu Beurteilung an die Verwaltung zurückzuweisen. Sodann sei die U._____ im kantonalen Verfahren zuzugesprochene Parteientschädigung zu überprüfen.

U._____ schliesst auf Abweisung, das Bundesamt für Sozialversicherung auf Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Die erwähnten vier Mitinteressierten äussern sich wiederum zur Sache, ohne einen Antrag zu stellen.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Da den beiden Verwaltungsgerichtsbeschwerden derselbe Sachverhalt zu Grunde liegt, sich die gleichen Rechtsfragen stellen und die Rechtsmittel den nämlichen vorinstanzlichen Entscheid betreffen, 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.).

Hingegen erscheint es entgegen dem Antrag der Ausgleichskasse unzweckmässig, das Verfahren H 128/99 (in welchem die Kasse Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die vier vorliegend als Mitinteressierte beigeladenen Verwaltungsräte führt) ebenfalls einzubeziehen.

2.- a) 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).

b) Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerden kann nur so weit eingetreten werden, als die Schadenersatzforderung kraft Bundesrechts streitig ist. Im vorliegenden Verfahren ist deshalb auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerden in dem Umfang nicht einzutreten, als sie die Schadenersatzforderung für entgangene Beiträge an die kantonale Familienausgleichskasse betreffen (vgl. BGE 119 V 80 Erw. 1b, 118 V 69 Erw. 1b mit Hinweis).

Die Vorinstanz hat die von der Ausgleichskasse geltend gemachten Beiträge an die Familienausgleichskasse im Rahmen der Haftung nach Art. 52 AHVG nicht berücksichtigt. Auf die Rüge der Kasse hinsichtlich der daraus resultierenden Auswirkungen auf die Schadenshöhe ist nach dem Gesagten nicht einzutreten.

3.- a) Das kantonale Versicherungsgericht hat unter Hinweis auf Gesetz (Art. 52 AHVG) und Rechtsprechung (vgl. statt vieler BGE 123 V 15 Erw. 5a) die Voraussetzungen zutreffend dargelegt, unter welchen Organe juristischer Personen den der Ausgleichskasse wegen Missachtung der Vorschriften über die Beitragsabrechnung und -zahlung (Art. 16 Abs. 1 AHVG; Art. 34 ff. AHVV) qualifiziert schuldhaft verursachten Schaden zu ersetzen haben. Darauf wird verwiesen. Zu ergänzen ist Folgendes:

b) Die Nichterfüllung der Abrechnungs- und Beitragszahlungspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV bedeutet eine Missachtung von Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG, welche in der Regel die volle Schadendeckung nach sich zieht (BGE 118 V 195 Erw. 2a mit Hinweisen). Die Ausgleichskasse, welche feststellt, dass sie einen durch Missachtung von Vorschriften entstandenen Schaden erlitten hat, darf davon ausgehen, dass der Arbeitgeber die Vorschriften absichtlich oder grobfahrlässig verletzt hat, sofern keine Anhaltspunkte für die Rechtmässigkeit des Handelns oder die Schuldlosigkeit des Arbeitgebers bestehen. Im Rahmen der ihm obliegenden Mitwirkungspflicht ist es grundsätzlich Sache des Schadenersatzpflichtigen, den Nachweis für allfällige Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe zu erbringen (BGE 108 V 187 Erw. 1 am Ende). Verwaltung und Richter prüfen alsdann im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes die Berechtigung der erhobenen Einwände.

c) In BGE 108 V 202 Erw. 2 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht ausgeführt, dass eine Zahlungsvereinbarung ein grobfahrlässiges Verschulden nicht ausschliesst, weil im Zahlungsaufschub lediglich der Versuch zu erblicken sei, den bereits widerrechtlich eingetretenen Zahlungsrückstand nachträglich wieder in Ordnung zu bringen. Der Zahlungsaufschub vermöge die nicht rechtzeitige Bezahlung sowohl der bereits verfallenen als auch der erst fällig werdenden Beiträge nicht zu entschuldigen bzw. zu rechtfertigen; es frage sich lediglich, ob die Zahlungsrückstände, welche zur Stundung Anlass gegeben hätten, sich durch ein entschuldbares oder gerechtfertigtes Verhalten begründen liessen. Diese (in der nicht publizierten Erw. 8b des in AHI 1994 S. 36 ff. auszugsweise veröffentlichten Urteils K. vom 13. September 1993 [H 73/91] bestätigte und auf einer Verschuldensvermutung beruhende) Rechtsprechung präziserte das Eidgenössische Versicherungsgericht in BGE 124 V 253 dahin gehend, dass ein Zahlungsaufschub mit Tilgungsplan zwar an der Widerrechtlichkeit der nicht ordnungsgemässen Bezahlung der Beiträge nichts ändert und sich die Verschuldensfrage primär nach den Umständen beurteilt, die zum Zahlungsrückstand geführt haben; bei der Beurteilung der Frage, ob die verantwortlichen Organe ihren Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der

Einhaltung der Beitragszahlungspflicht nachgekommen sind, ist eine Zahlungsvereinbarung jedoch mitzuberücksichtigen, soweit dem Beitragspflichtigen damit ein Abweichen von den ordentlichen Zahlungsterminen zugestanden wird (BGE 124 V 255 Erw. 3b). Vorbehalten bleiben Fälle, in welchen Zahlungsaufschub beantragt wird, obschon der Beitragspflichtige damit rechnen musste, dass die Firma in Konkurs gehen und er die Zahlungsvereinbarung nicht werden einhalten können (BGE 124 V 255 Erw. 4b).

4.- Die Vorinstanz hat zu Recht drei Gruppen von Schadenersatzforderungen unterschieden, woraus sich sachliche Unterschiede bezüglich der Verantwortlichkeit des geschäftsführenden (U._____) und der nicht geschäftsführenden Verwaltungsräte ergeben: Nachforderungen für die Jahre 1989-1991, Verzugszinsen von 1992 und Beiträge des Jahres 1993. Darauf wird verwiesen.

5.- Nach Auffassung der Vorinstanz haftet U._____ für die Nachforderungen aus den Jahren 1989-1991 (abzüglich Kinderzulagen) sowie für einen Betrag von Fr. 60'000.-, welcher im Rahmen einer Zahlungsvereinbarung mit der Kasse vom 5. Mai 1993 am 25. Juni 1993 fällig geworden ist. Insgesamt verpflichtete das kantonale Gericht den Genannten gestützt auf diese zwei Haftungsgründe zur Leistung von Schadenersatz im Betrag von Fr. 80'395.55. Dagegen wendet sich U._____ in seiner Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

a) In Bezug auf die Nachzahlungen für die Jahre 1989 bis 1991 hat die Vorinstanz festgestellt, dass diese auf Grund von Nachbezügen entstandenen Schadenersatzforderungen von U._____ nicht bestritten worden seien; seine Einwendungen hätten hauptsächlich dem Vorwurf des grobfahrlässigen Handelns und der Schadenssumme insgesamt gegolten. Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, dass die Abrechnung der auf die Gewinnausschüttungen an U._____ und auf die Zahlung an den Unterakkordanten D._____ entfallenden Beiträge in den Verantwortungsbereich des Genannten fielen und die damalige Nichtbezahlung als grobfahrlässiges Handeln im Sinne von Art. 52 AHV zu qualifizieren ist. Auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz kann verwiesen werden.

Vorliegend wendet U._____ erstmals ein, die erwähnten Beiträge seien nicht geschuldet. Denn er habe sich die Gewinnausschüttungen in Wirklichkeit nicht ausbezahlt, sondern lediglich einem Mitarbeitersparkonto gutgeschrieben. Ausserdem habe die AHV dem Unterakkordanten D._____ erst nach dem Konkurs der Firma J._____ AG den Status als Selbständigerwerbenden aberkannt. Hiezu ist ihm entgegenzuhalten, dass es im Rahmen der Bindung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts an die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz gemäss Art. 105 Abs. 2 OG unzulässig ist, neue tatsächliche Behauptungen und neue Beweismittel erst im letztinstanzlichen Prozess vorzubringen, obwohl sie schon im kantonalen Beschwerdeverfahren hätten geltend gemacht werden können und in Beachtung der Mitwirkungspflicht auch geltend gemacht werden müssen. Solche verspätete Vorbringen sind unzulässige Noven, welche nicht geeignet sind, die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz als mangelhaft erscheinen zu lassen (BGE 121 II 100 Erw. 1c; AHI 1994 S. 211 Erw. 2b mit Hinweisen). Auf die neu erhobenen Rügen von U._____, welche schon vor dem kantonalen Gericht hätten erhoben werden können und müssen, ist daher nicht einzutreten.

b) Hinsichtlich der am 25. Juni 1993 fällig gewordenen Abschlagszahlung von Fr. 60'000.- beruft sich U._____ darauf, dass ihm wegen einer von den Banken am 18. Juni 1993 verfügten Kreditsperre jegliche Einflussmöglichkeit genommen worden sei. Diese Sperre genügt für sich allein jedoch nicht zur Exkulpierung. Es liegt eine Situation vor, die den Fällen ähnelt, da eine Firma mit einer Globalzession alle ihrer Guthaben an eine Bank abgetreten hat. Die hiezu ergangene Rechtsprechung (nicht veröffentlichtes Urteil H. vom 19. Januar 2000, H 177/99) ist daher vorliegend analog anzuwenden. Demnach ist jeweils näher zu prüfen, welche Schritte die Organe unternommen haben, um die ordnungsgemässe Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge sicherzustellen. Eine Entlastung der verantwortlichen Personen fällt höchstens dann in Betracht, wenn sie nachzuweisen vermögen, dass sie alles Mögliche und Zumutbare für die Begleichung der ausstehenden Beiträge unternommen haben. Vorliegend weist U._____ jedoch keine Massnahmen nach, mit welchen er versucht hätte, die Rate vom 25. Juni 1993 doch noch zu begleichen. So macht er nicht geltend, bei der Bank oder der Firma X._____ AG vorstellig geworden zu sein oder versucht zu haben, die fehlenden Beiträge auf andere Weise zu bezahlen. Sein Protestschreiben vom 30. Juli 1993 an die genannte Bank hatte gerade nicht Sozialversicherungsbeiträge zum Gegenstand. Damit hat U._____ gegen seine Obliegenheiten als verantwortliches Organ der Gesellschaft verstossen, was ihm nach den zutreffenden Ausführungen der Vor-

instanz als grobfahrlässiges Verschulden anzurechnen ist.

c) Weiter wendet U. _____ ein, die Ausgleichskasse habe sich ein Mitverschulden zukommen lassen. Angesichts der durch die Akten ausgewiesenen ständigen und intensiven Bemühungen der Kasse steht eine Herabsetzung oder Aufhebung der Schadenersatzpflicht wegen Mitverschuldens der Verwaltung (BGE 122 V 185; SZS 2000 S. 91; Pra 1997 Nr. 48 S. 251 Erw. 3a) jedoch ausser Frage. Nach dem Gesagten ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde von U. _____ somit unbegründet, soweit darauf einzutreten ist.

6.- a) Die Ausgleichskasse bringt in ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor, U. _____ habe die Vereinbarung über den Zahlungsaufschub vom 5. Mai 1993 bösgläubig erwirkt. Die Vorinstanz, auf deren Erwägungen verwiesen wird, hat dies zu Recht verneint und in für das Eidgenössische Versicherungsgericht verbindlicher Weise (Erw. 2a hievor) festgestellt, dass die in Konkurs gefallene Firma die erste Anzahlung von Fr. 144'000.- noch leisten konnte, ein aussenstehendes Beratungsunternehmen sich optimistisch zur Zukunft des Betriebes geäussert hatte und die von der Bank veranlasste Zahlung von über Fr. 261'000.- belegt hat, dass ohne die am 18. Juni 1993 eingetretene Kreditsperre noch beachtliche liquide Mittel vorhanden gewesen wären. Sodann hatte die Vorinstanz keinen Anlass, das Verhalten von U. _____ unter dem Gesichtspunkt von Art. 725 OR zu würdigen. Das kantonale Gericht hat ferner richtig erkannt, weshalb U. _____ nicht für den gesamten Schaden haftbar gemacht werden kann. Die Einwendungen der Ausgleichskasse vermögen an diesem Ergebnis nichts zu ändern.

b) Die Kasse beantragt im Weiteren, die U. _____ im kantonalen Prozess zugesprochene Parteientschädigung sei zu prüfen. Sie äussert sich jedoch mit keinem Wort näher dazu. Mangels rechtsgenügender Begründung kann daher auf dieses Begehren nicht eingetreten werden (Art. 108 Abs. 2 OG). Damit ist auch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Kasse unbegründet, soweit darauf einzutreten ist.

7.- Das Verfahren ist kostenpflichtig, da es nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen geht (Art. 134 OG e contrario). Ausgehend vom gesamten Streitwert von Fr. 290'000.- unterliegen U. _____ im Betrag von Fr. 80'000.- und die Kasse im Ausmass von Fr. 210'000.-. Es rechtfertigt sich daher, beiden Parteien die Gerichtskosten von total Fr. 11'500.- im Verhältnis der einverlangten Kostenvorschüsse von Fr. 4000.- bzw. Fr. 7500.- aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 und 3 OG). Da U. _____ im Prozess der Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Kasse obsiegt, hat diese ihm sodann eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 159 Abs. 2 OG). Es rechtfertigt sich nicht, den Mitinteressierten, die keine Anträge gestellt haben, eine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerden werden abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

II. Die Gerichtskosten von total Fr. 11'500.- werden im Betrage von Fr. 7500.- der Ausgleichskasse und von Fr. 4000.- U. _____ auferlegt und mit den geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet.

III. Die Ausgleichskasse des Schweizerischen Gewerbes hat U. _____ eine Parteientschädigung von Fr. 2500.- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

IV. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons Basel-Landschaft, dem Bundesamt für Sozialversicherung sowie C. _____, A. _____, G. _____ und S. _____ zugestellt.

Luzern, 5. Februar 2001

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der IV. Kammer:

Der Gerichtsschreiber: