

Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicurances

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 69/02

Urteil vom 7. Januar 2004
III. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Rüedi und Kernen; Gerichtsschreiber Nussbaumer

Parteien
S._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt François A. Bernath, Bellerivestrasse 42, 8034
Zürich,

gegen

Ausgleichskasse des Kantons Zürich, Röntgenstrasse 17, 8005 Zürich, Beschwerdegegnerin,

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 9. Januar 2002)

Sachverhalt:
A.

Die Firma X._____ war der Ausgleichskasse des Kantons Zürich angeschlossen und rechnete die paritätischen Sozialversicherungsbeiträge monatlich im Pauschalverfahren ab. Am 27. April 1999 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet und am 2. Juli 1999 mangels Aktiven wieder eingestellt, publiziert im Schweizerischen Handelsamtsblatt am

Mit Verfügung vom 13. April 2000 verpflichtete die Ausgleichskasse S._____, der vom 10. Mai 1996 bis 10. Juni 1997 und wiederum ab 1. Oktober 1998 Mitglied des Verwaltungsrats der konkursiten Firma war, zur Leistung von Schadenersatz für entgangene paritätische Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von Fr. 431'874.95. Mit einer weiteren Verfügung vom 16. Juni 2000 verlangte sie zusätzlich die Bezahlung von Schadenersatz in Höhe von Fr. 31'869.30.

Sie verpflichtete ferner die ehemaligen Mitglieder des Verwaltungsrates F._____, E._____, H._____ und K._____ in solidarischer Haftbarkeit zur Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe zwischen Fr. 31'869.30 bis Fr. 211'873.60.

B.

Auf erfolgte Einsprüche hin reichte die Ausgleichskasse Klagen mit den Anträgen ein, die verantwortlichen Organe seien zu Schadenersatz in verfügbarem Umfang zu verpflichten. Mit Entscheid vom 9. Januar 2002 (rektrifiziert am 24. und am 29. Januar 2002) verpflichtete das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich S._____ zur Bezahlung von Schadenersatz in Höhe von Fr. 463'744.25 und H._____ zur Bezahlung von Schadenersatz in Höhe von Fr. 31'869.30 unter solidarischer Haftbarkeit. Im Übrigen wies es die Klagen, namentlich gegen F._____, E._____ und K._____, ab.

C.

S. _____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Antrag, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides sei die Schadenersatzklage abzuweisen.

Kantonales Gericht, Ausgleichskasse des Kantons Zürich, Bundesamt für Sozialversicherung und der Mitinteressierte H. _____ verzichten auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann nur so weit eingetreten werden, als die Schadenersatzforderung kraft Bundesrechts streitig ist. Im vorliegenden Verfahren ist deshalb auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in dem Umfang nicht einzutreten, als sie sich gegen die Schadenersatzforderung für entgangene Beiträge an die kantonale Familienausgleichskasse richtet (vgl. BGE 124 V 146 Erw. 1 mit Hinweis).

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 rechts-erhebliche 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).

3.

3.1 Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 in Kraft getreten. Mit ihm sind zahlreiche Bestimmungen im AHV-Recht, insbesondere auch hinsichtlich der Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG, geändert sowie Art. 81 und 82 AHVV aufgehoben worden. Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 129 V 4 Erw. 1.2 mit Hinweisen, 126 V 166 Erw. 4b), kommen im vorliegenden Fall jedoch die bis zum 31. Dezember 2002 geltenden Bestimmungen zur Anwendung.

3.2 Die rechtlichen Grundlagen (Art. 52 AHVG, Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV in der bis Ende 2000 gültig gewesenen Fassung; Art. 82 Abs. 1 AHVV) und die zur subsidiären Haftbarkeit der Organe (vgl. statt vieler BGE 123 V 15 Erw. 5b), zur Haftungsvoraussetzung des zumindest grobfahrlässigen Verschuldens (BGE 108 V 186 Erw. 1b, 193 Erw. 2b; ZAK 1985 S. 576 Erw. 2, 619 Erw. 3a und b) sowie zur rechtzeitigen Geltendmachung des Schadenersatzes (vgl. nunmehr BGE 128 V 10) ergangene Rechtsprechung finden sich im angefochtenen Entscheid des kantonalen Gerichts zutreffend wiedergegeben. Darauf wird verwiesen.

3.3 Zu wiederholen ist, dass ein Verwaltungsratsmitglied mit der Mandatsübernahme in die Verantwortung sowohl für die laufenden als auch für die verfallenen, von der Gesellschaft in früheren Jahren schuldig gebliebenen Sozialversicherungsabgaben eintritt. Hinsichtlich beider Arten von Verbindlichkeiten ist die Untätigkeit des Organs regelmässig kausal, sodass hinsichtlich Schadenersatzpflicht keine unterschiedliche Behandlung angezeigt ist. Am Erfordernis des Kausalzusammenhangs zwischen Untätigkeit des Verwaltungsratsmitglieds und Nichtleistung von Beitragszahlungen, die bei Eintritt in den Verwaltungsrat bereits ausstehend waren, mangelt es indes ausnahmsweise, wenn die Gesellschaft bereits vorgängig dem Eintritt des neuen Verwaltungsrates zahlungsunfähig war (BGE 119 V 401; ZAK 1992 S. 254 Erw. 7b; Thomas Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in: AJP 1996 S. 1081).

4.

4.1 Der Beschwerdeführer war erstmals vom 10. Mai 1996 bis 10. Juni 1997 kollektiv zeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrats der konkursiten Gesellschaft. Per 1. Oktober 1998 trat er wieder in den Verwaltungsrat ein und verfügte diesmal über Einzelunterschriftsberechtigung. Die geschädigte Ausgleichskasse machte in ihren beiden Schadenersatzverfügungen Lohnbeiträge für die Jahre 1996 bis und mit Mai 1999 geltend. Dabei ist jedoch auf Grund der verbindlichen Feststellung des kantonalen Gerichts (vgl. Art. 105 Abs. 2 OG) davon auszugehen, dass die konkursite Arbeitgeberin bis und mit Februar 1999 Löhne ausbezahlt hat (Bericht über die Arbeitgeberkontrolle vom 18. Oktober 1999). Zu prüfen ist daher im Folgenden, ob der Beschwerdeführer im Lichte der erwähnten Rechtsprechung (vgl. Erw. 3.3 hievor) für die gesamten bis zur

Konkurseröffnung am 27. April 1999 fällig gewordenen Beitragsausstände haftet (AHV 1994 S. 36 Erw. 6b), insbesondere auch für diejenige Zeit, während welcher er dem Verwaltungsrat nicht angehörte (11. Juni 1997 bis 30. September 1998).

Nach dem Bericht der Revisionsstelle vom 30. Januar 1997 an die Generalversammlung der Gesellschaft ergab die Überprüfung des am 31. Dezember 1996 abgeschlossenen Geschäftsjahres, dass die Gesellschaft auch unter Berücksichtigung der Verbindlichkeiten, welche dem Rangrücktritt unterliegen, überschuldet sei. Ferner befindet sich die Gesellschaft in einer prekären Liquiditätssituation. Nachdem der Verlustsaldo das Aktienkapital übersteige, werde auf die Bestimmungen von Art. 725 ff. OR hingewiesen. Im Bericht vom 14. Mai 1998 für das am 31. Dezember 1997 abgeschlossene Geschäftsjahr hält die Revisionsstelle fest, der Bilanzverlust betrage Fr. 5'240'537.- und übersteige das Aktienkapital von Fr. 1'000'000.-. Verbindlichkeiten von insgesamt Fr. 2'087'517.- unterlägen dem Rangrücktritt. Im laufenden Geschäftsjahr 1998 sei ein zusätzlicher Rangrücktritt über Fr. 300'000.- erklärt worden. Auch unter Berücksichtigung der Verbindlichkeiten, welche dem Rangrücktritt unterlägen, sei die Gesellschaft überschuldet und die Liquiditätssituation sei prekär. Ausdrücklich verwies sie wiederum auf die Bestimmungen von Art. 725 ff. OR. Des Weiteren bemerkte die Revisionsstelle, der Verwaltungsrat sei bemüht, die Gesellschaft zu reorganisieren, die

Bilanzsituation zu bereinigen und der Gesellschaft zusätzliche liquide Mittel zuzuführen. Falls diese Massnahmen nicht innerhalb kurzer Zeit realisiert werden könnten, sei der Verwaltungsrat gezwungen, unverzüglich nach den Bestimmungen von Art. 725 ff. OR zu handeln. Mit Vertrag vom 15. und 20. Juli 1998 übernahm C._____, handelnd im Namen der Auffanggesellschaft A._____, Teile der Aktiven und Passiven der konkursiten Gesellschaft, darunter ausstehende Sozialversicherungsbeiträge gegenüber der Ausgleichskasse des Kantons Zürich in Höhe von Fr. 318'699.75. Mit Vertrag vom 23. März 1999 verpflichteten sich C._____ und die Firma D._____ gegenüber dem Betreibungsamt Y._____, u.a. die Forderungen der AHV aus der Vereinbarung vom 15./20. Juli 1998 bis zum 14. April 1999 zu bezahlen.

4.2 Aus diesem Sachverhalt ist zu schliessen, dass die konkursite Gesellschaft im Zeitpunkt des Wiedereintritts des Beschwerdeführers in den Verwaltungsrat am 1. Oktober 1998 sich seit längerer Zeit in einer prekären finanziellen Situation befand und eigentlich schon längst den Richter im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR hätte benachrichtigen müssen. Zwar wurde noch vor dem Wiedereintritt des Beschwerdeführers in den Verwaltungsrat mit C._____ im April 1998 ein Vertrag abgeschlossen, mit welchem dieser für eine Auffanggesellschaft mehr als Fr. 4'000'000.- Verbindlichkeiten übernahm. Da in der Folge C._____ resp. die von ihm vertretene Firma insbesondere die Verbindlichkeiten gegenüber der Ausgleichskasse nicht erfüllte, gelangte die X._____ auf Grund dieser internen Schuldübernahme nicht zu den gewünschten Liquiditätshilfen. Unter diesen Umständen kann der Beschwerdeführer für die beim Eintritt in den Verwaltungsrat am 1. Oktober 1998 gegenüber der Ausgleichskasse bestehenden Verbindlichkeiten mangels adäquatem Kausalzusammenhang und in Folge der offensichtlichen Illiquidität der Gesellschaft nicht haftbar gemacht werden. Dies gilt namentlich auch für den mit Verfügung vom 16. Juni 2000 geforderten Betrag von Fr. 31'869.30,

welcher die aufgrund der Lohnbescheinigungen für 1996 (vom 28. Januar 1997) und für 1997 (vom 3. November 1997) sowie der Nachtrags-REKAP 1997 vom 17. April 1998 erstellten Schlussabrechnungen betrifft. Bis zum Austritt des Beschwerdeführers aus dem Verwaltungsrat per 10. Juni 1997 hatte die Gesellschaft sämtliche Pauschalzahlungen geleistet, wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat. Die Geltendmachung der Differenzbeträge der Schlussabrechnungen sowie die Mahnungen und Betreibungen erfolgten in der Zeit vom 26. August 1997 bis 17. August 1998, als der Beschwerdeführer nicht im Verwaltungsrat war.

Anders verhält es sich für die Zeit nach Wiedereintritt in den Verwaltungsrat per 1. Oktober 1998. Die Gesellschaft beschäftigte weiterhin Arbeitnehmer und zahlte bis Ende Februar 1999 Löhne aus. Der Beschwerdeführer, der bereits früher im Verwaltungsrat gewesen war, musste bei seinem Wiedereintritt zumindest aufgrund des Berichts der Revisionsstelle vom 30. Januar 1997 um die prekäre finanzielle Lage der Gesellschaft gewusst haben. Er hätte unter diesen Umständen dafür besorgt sein müssen, dass bei den fortgesetzten Lohnzahlungen die darauf ex lege geschuldeten paritätischen Beiträge abgeliefert und nicht für andere Zwecke verwendet würden (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 Erw. 5). Damit hat er nach dem Wiedereintritt in den Verwaltungsrat in grobfahrlässiger Weise gegen den Grundsatz verstossen, dass in Zeiten defizitären Geschäftsganges die Firmenverantwortlichen nur so viel Löhne auszahlen lassen dürfen, wie die darauf ex lege geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge gedeckt sind (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 Erw. 5).

4.3 Was gegen dieses Ergebnis in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorgebracht wird, ist unbehelflich. Das Einbringen eigener Mittel in die Firma oder der Verzicht auf Lohnansprüche stellt nach der Rechtsprechung grundsätzlich keinen Entlastungsgrund dar (Urteile K. vom 17. Mai 2002 [H 11/02], D. vom 8. Oktober 2001 [H 94/01] und B. vom 26. September 2001 [H 19/01]). Soweit sich der Beschwerdeführer auf den Grundsatz der Gleichbehandlung im Verhältnis zu den andern Verwaltungsratsmitgliedern beruft, so dringt er damit ebenfalls nicht durch. Es steht zum Einen im Belieben der Ausgleichskasse, gegen welche Organe sie Schadenersatz geltend machen will (BGE 119 V 87 Erw. 5a, 114 V 214 oben; SVR 2003 AHV Nr. 5 S. 13). Zum Andern ist ein schadenersatzpflichtiges Organ legitimiert, einen kantonalen Gerichtsentscheid, mit welchem ein ursprünglich von der Ausgleichskasse ebenfalls als Solidarschuldner erfasstes Organ entlastet wird, mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Eidgenössischen Versicherungsgericht anzufechten (BGE 119 V 86). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich die Sachlage insofern anders darstellt, als der Beschwerdeführer bereits einmal im Verwaltungsrat war und er daher beim Wiedereintritt über einen anderen Wissensstand über die Firma verfügte.

4.4 Nach dem Gesagten haftet der Beschwerdeführer lediglich für die nicht abgelieferten paritätischen Sozialversicherungsbeiträge für die ab 1. Oktober 1998 tatsächlich ausbezahlten Löhne. Weder die Klage noch das vorinstanzliche Urteil enthalten zu diesem Punkt zuverlässige und nachvollziehbare Angaben. Die Sache ist daher an die Ausgleichskasse des Kantons Zürich zurückzuweisen, damit sie den vom Beschwerdeführer geschuldeten Betrag ermittle und darüber verfüge.

5.

Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 134 OG). Ausgangsgemäss hat die Beschwerdegegnerin drei Viertel der Gerichtskosten und der Beschwerdeführer einen Viertel der Gerichtskosten zu tragen. Dementsprechend hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, in dem Sinne gutgeheissen, dass der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Januar 2002 (rektifiziert am 24. und 29. Januar 2002) bezüglich S. _____ aufgehoben und die Sache an die Ausgleichskasse des Kantons Zürich zurückgewiesen wird, damit diese die vom Beschwerdeführer geschuldete Schadenersatzsumme im Sinne der Erwägungen ermittle und hernach neu verfüge.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 10'000.- werden zu drei Vierteln der Ausgleichskasse des Kantons Zürich und zu einem Viertel dem Beschwerdeführer auferlegt. Der Anteil des Beschwerdeführers ist durch den geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Differenzbetrag von Fr. 7500.- wird ihm zurückerstattet.

3.

Die Ausgleichskasse des Kantons Zürich hat dem Beschwerdeführer für das letztinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4000.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4.

Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich wird über eine Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses zu befinden haben.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien, H. _____, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.

Luzern, 7. Januar 2004

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Die Präsidentin der III. Kammer: Der Gerichtsschreiber: