

[AZA 7]
H 61/01 Vr

I. Kammer

Präsident Schön, Bundesrichter Borella, Bundesrichterin
Widmer, Bundesrichter Meyer und Kernen; Gerichtsschreiber
Renggli

Urteil vom 16. Mai 2002

in Sachen

1. A._____,
2. B._____, Beschwerdeführende, beide vertreten durch Rechtsanwältin Claudia Eugster, Rämistrasse 3,
8001 Zürich,

gegen

Ausgleichskasse für das schweizerische Auto-, Motorrad- und Fahrradgewerbe, Käfiggässchen 10, 3011 Bern,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Fürsprecher Patrick Raedersdorf, Spitalgasse 4, 3011 Bern,

und

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

A.- Die Garage X._____ AG war der Ausgleichskasse für das schweizerische Auto-, Motorrad- und Fahrradgewerbe angeschlossen und rechnete mit ihr die paritätischen Beiträge ab. Mit Verfügung vom 3. Februar 1997 eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichts über die Gesellschaft den Konkurs. Zu diesem Zeitpunkt waren Sozialversicherungsbeiträge in der Höhe von Fr. 269'819. 10 (einschliesslich Verwaltungskosten, Mahngebühren, Betreibungskosten und Verzugszinsen) ausstehend. Die Ausgleichskasse erliess am 19. Mai 1998 zwei Verfügungen, mit der sie den ehemaligen Verwaltungsratspräsidenten der konkursiten Firma, A._____, und das ehemalige Verwaltungsratsmitglied B._____ solidarisch zur Bezahlung des entstandenen Schadens verpflichtete.

B.- Nachdem die Verpflichteten dagegen Einspruch erhoben hatten, liess die Ausgleichskasse beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Klage auf Schadenersatz einreichen. Dieses hiess die Klage mit Entscheid vom 29. Dezember 2000 gut.

C.- A._____ und B._____ lassen Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, der Entscheid der Vorinstanz sei aufzuheben und die Klage der Ausgleichskasse abzuweisen. Eventualiter sei die Schadenersatzforderung auf Fr. 67'454. 80 zu reduzieren; subeventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Ausgleichskasse lässt auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliessen, während das Bundesamt für Sozialversicherung auf eine Stellungnahme verzichtet.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Bei den streitigen Forderungen geht es um verfallene Sozialversicherungsbeiträge kraft Bundesrechts; es sind keine entgangene Beiträge an die kantonale Familienausgleichskasse in der verfügten Schadenersatzforderung enthalten. Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist daher vollumfänglich einzutreten (BGE 124 V 146 Erw. 1 mit Hinweis).

b) 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).

2.- a) In materiellrechtlicher Hinsicht hat das kantonale Gericht die Haftungsgrundlagen nach Art. 52 AHVG und die dazu ergangene Rechtsprechung in allen Teilen zutreffend dargelegt. Dies betrifft insbesondere die subsidiäre Haftung der Organe einer juristischen Person als haftpflichtige Arbeitgeberin (BGE 123 V 15 Erw. 5b mit Hinweisen), die solidarische Haftung mehrerer Organe (BGE 114 V 214 Erw. 3 mit Hinweisen), den Schadensumfang (BGE 121 III 384 Erw. 3bb und 98 V 29 Erw. 5), die Exkulpationsgründe (BGE 108 V 186 Erw. 1b und 193 Erw. 2b), die Begriffe der groben Fahrlässigkeit und der Sorgfaltspflicht (BGE 108 V 202 Erw. 3a), die Zurechenbarkeit des Handelns einer Firma an die Personen mit Organstellung und den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der absichtlichen oder grobfahrlässigen Missachtung von Vorschriften und dem eingetretenen Schaden (BGE 119 V 406 Erw. 4a). Darauf wird verwiesen.

b) aa) Nach Art. 82 Abs. 1 AHVV "verjährt" die Schadenersatzforderung, wenn sie nicht innert Jahresfrist seit Kenntnis des Schadens durch Erlass einer Schadenersatzverfügung geltend gemacht wird. Bei dieser Frist handelt es sich entgegen dem Wortlaut der Bestimmung um eine Verwirkungsfrist, die von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (BGE 126 V 451 Erw. 2a, 121 III 388 Erw. 3b, je mit Hinweisen).

Im Falle eines Konkurses besteht praxisgemäss 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 126 V 444 Erw. 3a mit Hinweisen).

Die Vorinstanz hat zwar diese Rechtslage zutreffend dargelegt, hingegen diesbezüglich fallbezogen keine tatsächlichen Feststellungen getroffen und insofern den Sachverhalt unvollständig festgestellt und auch nicht rechtlich beurteilt. Da die Verwirkung von Amtes wegen zu berücksichtigen ist und der Untersuchungsgrundsatz auch im Rahmen der eingeschränkten Überprüfungsbefugnis nach Art. 105 Abs. 2 OG gilt (BGE 97 V 136 Erw. 1), ist das Eidgenössische Versicherungsgericht befugt, die Frage der Verwirkung unter Berücksichtigung aller darauf bezogener Parteivorbringen abschliessend zu beurteilen. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz wegen unvollständiger Sachverhaltsfeststellung wäre mit dem zentralen Grundsatz der Prozessökonomie (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., S. 68; vgl. BGE 121 V 116) nicht vereinbar.

bb) In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird geltend gemacht, die Ausgleichskasse habe den Schaden bereits mit der Konkurseröffnung erkennen können. Auf Grund der Rechtsänderung mit Inkrafttreten des neuen SchKG am 1. Januar 1997 seien die früher privilegierten Forderungen der Ausgleichskassen neu in die dritte Klasse eingeteilt worden, wodurch die Gefahr eines Schadens erheblich gestiegen sei, was die Ausgleichskasse hätte erkennen müssen. Ausserdem hätte sie auch aus anderen Gründen, namentlich auf Grund ihrer Kenntnis der finanziellen Lage der Firma der Beschwerdeführenden, wissen müssen, dass mit einem Schaden zu rechnen sei. Die einjährige Verwirkungsfrist gemäss Art. 82 Abs. 1 AHVV beginne daher mit dem Datum der Konkurseröffnung zu laufen, womit sich die Schadenersatzverfügungen vom 19. Mai 1998 als verspätet erwiesen.

Es steht aktenkundig fest, dass der Konkurs am 3. Februar 1997 eröffnet wurde, dies mit Anordnung des summarischen Verfahrens (Art. 231 SchKG). Kollokationsplan und Inventar lagen beim Konkursamt zur Einsicht auf, wobei Klagen auf Anfechtung des Kollokationsplans innert 20 Tagen nach der Bekanntmachung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) rechtshängig zu machen waren. Damit sind die Schadenersatzverfügungen vom 19. Mai 1998 fristwährend ergangen. Die Beschwerdeführenden übersehen bei ihrer Argumentation, dass das Eidgenössische Versicherungsgericht auch in der Zeit nach dem 1. Januar 1997, als die Ausgleichskassen ihr Konkursprivileg vorübergehend eingebüsst hatten (Art. 219 SchKG in der bis 31. Dezember 2000 gültigen Fassung, AS 1995 S. 1275, vgl. jetzt Art. 219 Abs. 4 SchKG, in Kraft seit 1. Januar 2001, AS 1999 S. 2531), an seiner bis dahin ergangenen Rechtsprechung zum Regelzeitpunkt der zumutbaren Schadenskenntnis festhielt, wonach auf das Datum der Auflage von Inventar und Kollokationsplan abzustellen ist (BGE 126 V 448 Erw. 4c mit Hinweisen).

Seitens der Beschwerdeführenden werden keinerlei Gründe vorgetragen, welche eine Vorverschiebung dieses Zeitpunktes rechtfertigen würden. Insbesondere hat es das Eidgenössische Versicherungsgericht im erwähnten

Urteil - unter Verweis auf mehrere unveröffentlichte Entscheide - gerade abgelehnt, wegen der Anordnung des summarischen Konkursverfahrens eine Vorverlegung des Zeitpunktes anzunehmen (BGE 126 V 449 Erw. 4c und 450 Erw. 4d [vgl. Sachverhalt, S. 443, Abschnitt A.]).

3.- a) Die wesentliche Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht besteht nach dem Wortlaut des Art. 52 AHVG darin, dass der Arbeitgeber absichtlich oder grobfahrlässig Vorschriften verletzt hat und dass durch diese Missachtung ein Schaden verursacht worden ist (BGE 108 V 186 Erw. 1a mit Hinweisen). Absicht bzw. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind verschiedene Formen des Verschuldens. Art. 52 AHVG statuiert demnach eine Verschuldenshaftung, und zwar handelt es sich um eine Verschuldenshaftung aus öffentlichem Recht. Die Schadenersatzpflicht ist im konkreten Fall nur dann begründet, wenn nicht Umstände gegeben sind, welche das fehlerhafte Verhalten des Arbeitgebers als gerechtfertigt erscheinen lassen oder sein Verschulden im Sinne von Absicht oder grober Fahrlässigkeit ausschliessen. In diesem Sinne ist es denkbar, dass ein Arbeitgeber zwar in vorsätzlicher Missachtung der AHV-Vorschriften der Ausgleichskasse einen Schaden zufügt, aber trotzdem nicht schadenersatzpflichtig wird, wenn besondere Umstände die Nichtbefolgung der einschlägigen Vorschriften als erlaubt oder nicht schuldhaft erscheinen lassen (BGE 108 V 186 Erw. 1b; ZAK 1985 S. 576 Erw. 2). So kann es sein, dass es einem Arbeitgeber, der sich in schwieriger finanzieller Lage befindet, durch das Nichtbezahlen der Beiträge gelingt, die Existenz seines Unternehmens zu retten. Ein solches Vorgehen führt allerdings nur dann nicht zu einer Haftung gemäss Art. 52 AHVG, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt seiner Entscheidung auf Grund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage damit rechnen durfte, dass er die Forderung der Ausgleichskasse innert nützlicher Frist würde befriedigen können (BGE 108 V 188; ZAK 1992 S. 248 Erw. 4b).

b) Die Sozialversicherungsbeiträge wurden unbestrittenermassen während Jahren zum weit überwiegenden Teil nicht bezahlt, und dies bei ununterbrochen fortgesetzter Unternehmenstätigkeit. Aus der Einstellungsverfügung der Bezirksanwaltschaft vom 21. Mai 1996 geht klar hervor, dass die Beschwerdeführenden die Nichtbezahlung der Sozialversicherungsbeiträge bewusst in Kauf nahmen. Bei jahrelangen Beitragsausständen, wie sie hier vorliegen, kommen Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe von vornherein nicht in Betracht, weil die Zurückhaltung von Sozialversicherungsbeiträgen nur dann gerechtfertigt werden kann, wenn sie dazu dient, einen kurzfristigen Liquiditätsengpass zu überwinden (ZAK 1992 S. 248 Erw. 4b mit Hinweisen). Abgesehen davon lassen sich aus dem Sanierungskonzept der Treuhand Y. _____ AG vom 25. Oktober 1995 keineswegs Umstände erkennen, welche die Beschwerdeführenden zur Annahme berechtigt hätten, es würde ihnen durch die Zurückbehaltung der Sozialversicherungsbeiträge gelingen, das Überleben der Firma zu sichern (BGE 108 V 187 Erw. 2). Die Zukunft der Garage X. _____ AG hing von ganz anderen Faktoren ab als dem Zurückbehalten der Sozialversicherungsbeiträge, nämlich insbesondere vom unabdingbaren Einschiessen beträchtlicher zusätzlicher Mittel in der Grössenordnung von mehreren Hunderttausend Franken. Im Zeitpunkt der Erstattung des Sanierungskonzeptes wie auch in der Zeit danach blieb jedoch völlig unbestimmt, ob sich überhaupt ein Interessent oder Investor finden würde, welcher der tief in finanziellen Schwierigkeiten steckenden Firma das Überleben ermöglicht hätte.

4.- Auch die Kausalität zwischen der - bewussten - Beitragszurückbehaltung und dem Schadenseintritt ist gegeben.

Hätten die Beschwerdeführenden nur so viel Löhne zur Auszahlung kommen lassen, dass es ihnen möglich gewesen wäre, auch die darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge zu begleichen (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 Erw. 5), wäre es nicht zum Beitragsausfall gekommen.

In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird vorgebracht, die Schadenersatzverpflichtung sei in ihrem Umfang herabzusetzen, weil die Ausgleichskasse ein Mitverschulden an der Entstehung des Schadens trage (BGE 122 V 185 mit Hinweisen, SVR 2000 AHV Nr. 16 S. 50 Erw. 7). Dieser Einwand ist sachlich nicht überzeugend. Denn die Geschäftsabschlüsse der einzelnen Jahre zeigen, dass die Ausgleichskasse auch dann nicht zu Geld gekommen wäre, wenn sie ein Fortsetzungsbegehren gestellt hätte. Die Ausgleichskasse, welche nicht auf Konkurs betreiben kann (Art. 15 Abs. 2 AHVG, Art. 43 Ziff. 1 SchKG), hätte lediglich die Ausstellung (definitiver) Pfändungsverlustscheine erwirken können. Eine grobe Verletzung der Pflicht zum Beitragsinkasso, wie sie nach der Rechtsprechung (BGE 122 V 189 Erw. 3c) für eine Herabsetzung der Schadenersatzpflicht erforderlich wäre, liegt nicht vor, weil die Ausgleichskasse nach dem Gesagten selbst bei Stellung des Pfändungsbegehrens

nicht hätte verhindern können, dass die Beschwerdeführenden alle für das Überleben des Garagenbetriebes erheblichen Forderungen (Miete, Löhne, Lieferantenrechnungen) befriedigten und ihren Betrieb auf Kosten der Sozialversicherung (und der öffentlichen Hand) weiterführten, indem sie darauf bedacht waren, lediglich Steuern und Beiträge an die erste und zweite Säule auflaufen zu lassen, was praxisgemäss die Haftung des Art. 52 AHVG nach sich zieht (vgl. statt vieler BGE 108 V 196 Erw. 4 in fine).

5.- Die Beschwerdeführenden werfen der Vorinstanz Willkür, Verletzung des rechtlichen Gehörs, fehlende Fairness u.a.m. vor, weil sie bezüglich der unentgeltlichen Verbeiständung "nicht entsprechend aufgeklärt" worden seien.

a) Da mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 104 lit. a OG die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Bundesverfassungsrecht; BGE 121 V 288 Erw. 3 mit Hinweisen) gerügt werden kann, übernimmt die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gleichzeitig die Funktion der staatsrechtlichen Beschwerde bei Verletzung von Bundesverfassungsrecht durch eine kantonale Instanz, wenn es sich um Angelegenheiten handelt, die der Rechtskontrolle des Eidgenössischen Versicherungsgerichts als Verwaltungsgericht unterstehen (BGE 121 V 288 Erw. 3 mit Hinweisen). Sämtliche in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde behaupteten Verfassungsverstösse hat das Eidgenössische Versicherungsgericht im Rahmen seiner Zuständigkeit zur Beurteilung der Haftungssache nach Art. 52 AHVG (Art. 128 OG) selbst und abschliessend zu prüfen. Die Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zur Behandlung der Eingabe als staatsrechtliche Beschwerde (und zu einer allfälligen Überweisung an das Schweizerische Bundesgericht in Lausanne) verkennen diese Rechtslage.

b) Die Beschwerdeführenden haben ihrem Einspruch vom 8. Juni 1998 gegen die Schadenersatzverfügung Folgendes vorangestellt: "Aus finanziellen Gründen sind wir leider gezwungen, die Einsprache ohne Mithilfe eines Anwaltes vorzunehmen. Wir bitten Sie, eventuelle formale Fehler zu entschuldigen oder uns mitzuteilen, wenn etwas korrigiert werden muss." In der Klageantwort vom 11. September 1998 führten sie zum gleichen Thema aus: "Wie bereits in unserer Eingabe vom 8. Juni 1998 an die AHV festgehalten, können wir uns zur Zeit aus finanziellen Gründen keinen Anwalt leisten. Sollte dies jedoch unumgänglich sein, teilen Sie uns das bitte mit.."

Art. 5 Abs. 3 BV verankert den Grundsatz von Treu und Glauben als ein die gesamte Rechtsordnung überdachendes Prinzip. Art. 9 BV gibt jeder Person einen grundrechtlichen Anspruch, von staatlichen Organen diesem Grundsatz entsprechend behandelt zu werden. Da Erklärungen im Prozess nach Treu und Glauben zu verstehen sind, wäre das kantonale Gericht verpflichtet gewesen, die oben wiedergegebenen Vorbringen als sinngemäss gestelltes Gesuch um die Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung entgegenzunehmen und zu behandeln. Denn die von den Beschwerdeführenden verwendeten Formulierungen lassen mit genügender Deutlichkeit erkennen, dass sie eine anwaltschaftliche Vertretung als wünschbar betrachteten und nur deshalb darauf verzichteten, weil sie die Kosten dafür nicht aufbringen konnten.

Den Beschwerdeführenden ist indessen aus der Unterlassung des kantonalen Gerichts kein Nachteil erwachsen, ergibt sich doch aus der vorstehenden materiellen Beurteilung (Erw. 2-4), dass ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit hätte abgewiesen werden müssen (Art. 85 Abs. 2 AHVG in Verbindung mit § 16 des [kantonalen]Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht vom 7. März 1993 [Zürcher Gesetzesammlung 212. 81]).

Daher ist auf eine Kassation des vorinstanzlichen Entscheides aus formellen Gründen und eine Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an das kantonale Gericht zu verzichten, da diese einem Leerlauf gleichkäme und dem Grundsatz der Prozessökonomie widerspräche (BGE 121 V 116 mit Hinweis; vgl. auch BGE 116 V 187 Erw. 2d).

6.- Das Verfahren ist kostenpflichtig, weil nicht die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen zu beurteilen war (Art. 134 OG e contrario). Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens werden die Gerichtskosten den Beschwerdeführenden auferlegt (Art. 156 Abs. 1 Verbindung mit Art. 135 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

II. Die Gerichtskosten von Fr. 8000.- werden den Beschwerdeführenden auferlegt. Sie sind durch die geleisteten Kostenvorschüsse von je Fr. 8000.- gedeckt;

der Differenzbetrag von Fr. 8000.- wird zurückerstattet.

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

Luzern, 16. Mai 2002

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der I. Kammer:
Der Gerichtsschreiber: