

Eidgenössisches Versicherungsgericht  
Tribunale federale delle assicurazioni  
Tribunal federal d'assicurances

Sozialversicherungsabteilung  
des Bundesgerichts

Prozess  
{T 7}  
H 165/01  
H 166/01

Urteil vom 19. November 2002  
III. Kammer

Besetzung  
Präsident Borella, Bundesrichter Meyer und Lustenberger; Gerichtsschreiber Jancar

Parteien  
1. W.\_\_\_\_\_,  
2. G.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Erich Leuzinger, Hauptstrasse 47, 8750 Glarus,

gegen

Kantonale Ausgleichskasse Glarus, Zwinglistrasse 6, 8750 Glarus, Beschwerdegegnerin

Vorinstanz  
Verwaltungsgericht des Kantons Glarus, Glarus

(Entscheid vom 27. März 2001)

Sachverhalt:

A.

G.\_\_\_\_\_ und W.\_\_\_\_\_ waren Gesellschafter und Geschäftsführer der Firma O.\_\_\_\_\_ GmbH. Am 5. Januar 1998 wurde über die Firma der Konkurs eröffnet, welcher am 30. April 1999 mangels Aktiven wieder eingestellt wurde. Mit Verfügungen vom 2. August 1999 verpflichtete die Ausgleichskasse Glarus G.\_\_\_\_\_ und W.\_\_\_\_\_ für nicht mehr erhältliche Sozialversicherungsbeiträge aus dem Zeitraum März bis Dezember 1997 zuzüglich Verwaltungskosten, Mahngebühren, Verzugszinsen und Betreibungskosten in solidarischer Haftbarkeit Schadenersatz im Betrag von Fr. 83'230.05 zu leisten.

B.

Auf Einsprüche der Belangten hin reichte die Ausgleichskasse beim Verwaltungsgericht des Kantons Glarus Klage ein mit dem Begehren, sie seien zur solidarischen Zahlung des verfügt Betrages zu verpflichten. Das kantonale Gericht hiess die Klage mit Entscheid vom 27. März 2001 gut.

C.

Mit separaten Verwaltungsgerichtsbeschwerden beantragen die Versicherten, die Klage sei unter Aufhebung des angefochtenen Entscheides abzuweisen.

Das kantonale Gericht schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während die IV-Stelle und das Bundesamt für Sozialversicherung auf eine Vernehmlassung verzichten.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Da den beiden Verwaltungsgerichtsbeschwerden der selbe 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.).

2.

2.1 Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerden kann nur soweit eingetreten werden, als eine Schadenersatzforderung kraft Bundesrechts streitig ist. Es fragt sich, ob die Verwaltungsgerichtsbeschwerden auch eine Schadenersatzforderung für entgangene Beiträge an die kantonale Familienausgleichskasse (FAK) betreffen (Art. 128 OG; vgl. BGE 119 V 80 Erw. 1b, 118 V 69 Erw. 1b mit Hinweis).

2.2 Aus der Schadensaufstellung der Ausgleichskasse ergibt sich, dass darin auch FAK-Beiträge im Betrag von Fr. 19'324.50 enthalten sind. Ebenso geht indessen daraus hervor, dass die Firma für den gleichen Zeitraum ein Guthaben von insgesamt Fr. 26'200.– gegenüber der FAK hatte. Demgemäss hatte die Gesellschaft gegenüber der FAK nicht eine Schuld, sondern eine Forderung. Daraus folgt, dass die eingeklagte Schadenersatzforderung ausschliesslich bundesrechtliche Sozialversicherungsbeiträge zum Gegenstand hat, weshalb auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vollumfänglich einzutreten ist (Urteil A. vom 20. Juni 2001 Erw. 1b, H 90/00).

3.

Da es sich bei den angefochtenen Verfügungen 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).

4.

Die Vorinstanz hat die in materiellrechtlicher Hinsicht massgebenden Normen (Art. 52 AHVG, Art. 14 Abs. 1 AHVG; Art. 34 ff. AHVV) und die nach der Rechtsprechung (BGE 121 V 243, 114 V 213, 112 V 159 Erw. 4, 109 V 90 Erw. 7a; vgl. auch BGE 123 V 15 Erw. 5b, 122 V 66 Erw. 4a, 119 V 405 Erw. 2, 108 V 186 Erw. 1b und 202 Erw. 3a, je mit Hinweisen) für die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers und dessen Organe geltenden Regeln zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

Zu ergänzen ist, dass formell eingesetzte Geschäftsführer einer GmbH wie auch Personen, die faktisch die Funktion eines Geschäftsführers ausüben, für den der Ausgleichskasse zufolge nicht bezahlter Bundessozialversicherungsbeiträge entstandenen Schaden nach den gleichen Grundsätzen wie Organe einer Aktiengesellschaft haften. Dagegen besteht für den blossen Gesellschafter einer GmbH vorbehältlich einer abweichenden statutarischen Regelung keine Pflicht zur Kontrolle oder Überwachung der Geschäftsführung, weshalb ihm das Fehlverhalten der Gesellschaft auch nicht angerechnet werden darf (BGE 126 V 237; AHI 2002 S. 172).

5.

5.1 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).

Wird der Konkurs weder im ordentlichen noch im summarischen Verfahren durchgeführt, fallen 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 schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) massgeblich ist (BGE 128 V 12 Erw. 5a, 126 V 445 Erw. 3c, je 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 (BGE 121 V 116; Urteil A. vom 16. Mai 2002 Erw. 2b/aa, H 61/01) nicht vereinbar.

## 5.2

5.2.1 In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird geltend gemacht, mit Inkrafttreten des neuen SchKG am 1. Januar 1997 seien die früher privilegierten Forderungen der Ausgleichskassen neu in die dritte Klasse eingeteilt worden. Da Drittklassgläubiger regelmässig entweder mit einem Totalverlust oder zumindest mit einem Verlust des grössten Teils ihrer Forderungen im Konkurs rechnen müssten, bestehe ausreichende Schadenskenntnis bereits bei Konkurseröffnung bzw. deren Publikation. Die einjährige Verwirkungsfrist gemäss Art. 82 Abs. 1 AHVV beginne daher in diesem Zeitpunkt zu laufen, womit sich die Schadenersatzverfügungen vom 2. August 1999 als verspätet erwiesen. Die Aufrechterhaltung der früheren Praxis würde nicht nur indirekt und im Ergebnis einer Wiedereinführung eines Privilegs gleichkommen, sondern vor allem im Widerspruch zu den allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen über die Einbringlichkeit von Forderungen stehen, wonach Drittklassforderungen im Konkurs ohne Weiteres als uneinbringlich zu behandeln seien, auch wenn möglicherweise doch noch einmal eine - regelmässig geringe - Dividende ausbezahlt werde. Der Ausgleichskasse wäre es zumutbar gewesen, sich spätestens zwei oder drei Monate nach der Konkurseröffnung beim

Konkursamt nach dem Verfahrensstand und nach einer allfälligen Deckung ihrer Forderung zu erkundigen, nachdem auffallend lange keine weiteren Publikationen mehr erfolgt seien. Es wäre ihr klar die Auskunft erteilt worden, dass sie einen Totalverlust erleiden würde. Wenn sie bis zur Kurseinstellung mangels Aktiven sechzehn Monate lang tatenlos zugewartet habe, habe sie elementarste Sorgfaltspflichten verletzt.

5.2.2 Die Beschwerdeführer 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 im Konkursfall festhielt, wonach auf das Datum der Auflage von Inventar und Kollokationsplan abzustellen ist. Es führte aus, dass dem Wegfall des Konkursprivilegs für die Beitragsforderungen keine wesentliche für den Zeitpunkt der Schadenskenntnis zukommt. Eine Vorverschiebung ist angesichts der kurzen Frist von einem Jahr zur Geltendmachung der Schadenersatzforderung im Interesse der Gläubiger nicht leichthin anzunehmen. Sie ist auch nicht angezeigt, da die Schadenersatzforderung nicht mit der Beitragsforderung identisch ist, sondern für den Eintritt des Schadens nebst der Konkurseröffnung und der Arbeitgeberkontrolle noch zusätzliche Abklärungen zu treffen sind. Diese Grundsätze gelten nicht nur beim ordentlichen, sondern auch beim summarischen

Konkursverfahren sowie bei Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven (BGE 126 V 443 ff. mit Hinweisen; Urteil B. vom 18. April 2002 Erw. 3b, H 189/01).

Nach dem Gesagten besteht kein Grund für eine Vorverlegung des Zeitpunktes der Schadenskenntnis vor die Publikation der Kurseinstellung mangels Aktiven am 19. Mai 1999. Wie ausgeführt setzt die Rechtsprechung einen strengen Massstab und verlangt nicht nur eine Vermutung, sondern gesicherte Kenntnis des entstandenen Schadens sowie der übrigen Voraussetzungen für ein klageweises Vorgehen (Person des Ersatzpflichtigen, u.ä.; vgl. ZAK 1992 S. 249; Urteil B. vom 18. April 2002 Erw. 3c, H 189/01). Im Rahmen von Art. 82 Abs. 1 AHVV haben die Ausgleichskassen zwar alles ihnen Zumutbare vorzukehren, um Kenntnis von einem allfälligen Schaden zu erhalten. Dies bedeutet indes nicht, dass sie von sich aus beim Konkursamt eigene Nachforschungen anstellen müssen. Vielmehr dürfen sie sich als Gläubigerin grundsätzlich auf die offiziellen Verlautbarungen wie Kollokationsplan und Inventar verlassen (nicht veröffentlichtes Urteil J. vom 12. Juli 1995 Erw. 5b, H 268/94). Dies gilt auch, wenn das Verfahren von der Konkurseröffnung bis zur Einstellung sehr lange dauert, ist dieser Umstand doch nicht durch die Ausgleichskasse zu vertreten (Urteil S. vom 26. September 2002 Erw. 4.2, H 104/02).

Die am 2. August 1999 erlassenen Schadenersatzverfügungen erfolgten somit innert der einjährigen Frist von Art. 82 Abs. 1 AHVV.

## 6.

6.1 Die Vorinstanz hat in für das Eidgenössische Versicherungsgericht verbindlicher Weise (Erw. 3 hievor) festgestellt, dass die in Konkurs gefallene Gesellschaft die Sozialversicherungsbeiträge ab Januar 1997 nur un-

genügend bzw. überhaupt nicht mehr bezahlt hat und mehrmals gemahnt sowie betrieben werden musste. Aus diesen tatsächlichen Feststellungen hat das kantonale Gericht zutreffend gefolgert, dass die Beschwerdeführer als geschäftsführende Gesellschafter der Firma sich im Sinne von Art. 52 AHVG schuldhaft verhalten haben. Dem zutreffenden kantonalen Entscheid ist diesbezüglich nichts Weiteres beizufügen.

6.2 In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird nichts vorgebracht, was zu einer anderen Beurteilung führen könnte:

6.2.1 Die Übertragung der Buchhaltungsführung sowie des Lohn- und Versicherungswesens an den kaufmännischen Leiter der Firma entband die Beschwerdeführer nicht davon, die korrekte Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge zu überwachen (BGE 109 V 88 Erw. 6; Urteil K. vom 27. Juli 2000 Erw. 3b, H 417/99).

6.2.2 Die Beschwerdeführer machen geltend, bei Konkurseröffnung seien nur die Beiträge des Jahres 1997 ausstehend gewesen. Auf Grund dieser kurzen Dauer der Beitragsausstände liege kein grobfahrlässiges Verhalten vor.

Diesem Einwand kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Die verzögerte und nicht den Rechnungen entsprechende Zahlungsweise zog sich über das ganze Beitragsjahr 1997 hin und es kann bereits nicht mehr von einem kurzfristigen Verstoß gegen die Beitragsvorschriften im Sinne von BGE 121 V 243 gesprochen werden. Dieser Exkulpationsgrund ist nur auf Fälle anzuwenden, in denen in den letzten zwei, drei Monaten vor dem Konkurs nichts mehr bezahlt wurde, die Zahlungsmoral der Gesellschaft indes vorher immer klaglos war (Urteil A. vom 16. Mai 2002 Erw. 5b, H 44/01). Gerade das war hier nicht der Fall. Vielmehr kann mit Blick darauf, dass grobe Fahrlässigkeit im Sinne von Art. 52 AHVG praxisgemäss vorliegt, wenn ein Arbeitgeber das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen (BGE 112 V 159 Erw. 4 mit Hinweisen), das vorliegende Zahlungsverhalten der Arbeitgeberin bei der Verschuldensbeurteilung nicht entlastend wirken. Hinsichtlich der Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers als einer gesetzlich vorgeschriebenen öffentlichrechtlichen Aufgabe (BGE 118 V 195 Erw. 2a, 111 V 173 Erw. 2) geht es nicht an, dass eine Gesellschaft die zu zahlenden Beiträge eigenmächtig nach ihrem Gutdünken festsetzt, ungeachtet der von der Ausgleichskasse gestellten Rechnungen beliebige Beträge bezahlt und damit über das ganze Beitragsjahr mit ihren Zahlungen in Verzug ist, so dass Mahnungen und Betreibungen die Folge sind. Wenn die verantwortlichen Organe ein solches Zahlungsverhalten ihrer Gesellschaft zulassen, müssen sie sich dies praxisgemäss als grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften anrechnen lassen.

7.

Die Beschwerdeführer bestreiten ferner die Höhe des von der Ausgleichskasse geltend gemachten Schadenersatzes.

7.1 In der Schadensberechnung führt die Ausgleichskasse für das Jahr 1997 ausstehende Sozialversicherungsbeiträge, Verwaltungskosten, Mahngebühren, Verzugszinsen und Betreibungskosten von total Fr. 151'239.80 auf. Davon bringt sie eine Zahlung von Fr. 30'000.- vom 6. Oktober 1997, ein Guthaben an FAK-Zulagen von Fr. 26'200.- und eine Gutschrift aus dem Vorjahr von Fr. 11'809.75 in Abzug, was Fr. 83'203.05 ergibt.

Die Beschwerdeführer machen geltend, sie hätten der Ausgleichskasse weitere Zahlungen geleistet, nämlich am 6. Januar 1998 Fr. 50'000.-, am 22. Mai 1998 Fr. 16'213.85 und am 3. Juni 1998 Fr. 860.35, total Fr. 67'074.20. Dieser Betrag sei von der Schadenersatzforderung zu Unrecht nicht abgezogen worden.

7.2 Die Rüge der Nichtberücksichtigung der Zahlungen vom 22. Mai und 3. Juni 1998 wird erstmals im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren vorgebracht. Hiezu ist festzuhalten, 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; Urteil B. vom 28. Januar 2002 Erw. 2b, H 313 /00). Indes gilt es, folgenden Umstand zu berücksichtigen.

7.3 Die Zahlung vom 6. Januar 1998 im Betrag von Fr. 50'000.-, auf welche die Beschwerdeführer bereits im Einsprache- und im vorinstanzlichen Verfahren verwiesen haben, ist zwar im Kontoauszug der Ausgleichskasse verbucht, weshalb die Vorinstanz annahm, sie sei auch bei der Schadensermittlung berücksichtigt worden.

Zu beachten ist jedoch, dass in der klageweise geltend gemachten Schadensberechnung die Zahlung von Fr. 50'000.- nicht enthalten ist. Als Zahlung aufgeführt wird darin lediglich die Leistung von Fr. 30'000.- vom 6. Oktober 1997 (Erw. 6.1 hievor). Aus den Akten geht mithin nicht schlüssig und nachvollziehbar hervor, wie der Betrag von Fr. 50'000.- einzuordnen ist bzw. weshalb er nicht in der Schadensaufstellung laut Klage figuriert. Die Ausgleichskasse hat zu dieser Frage weder im vor- noch im letztinstanzlichen Verfahren Stellung genommen. Die Sache ist daher an die Ausgleichskasse zurückzuweisen, damit sie nach Ausräumung dieser Unklarheit in masslicher Hinsicht neu über den Schadenersatz verfüge (SVR 1999 AHV Nr. 10 S. 29 Erw. 3b).  
8.

Da die Beschwerdeführer im Grundsatz unterliegen und die Rückweisung nur das Massliche betrifft, rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte zu überbinden (Art. 135 in Verbindung mit Art. 156 Abs. 3 OG). Den teilweise obsiegenden Beschwerdeführern steht eine reduzierte Parteientschädigung zu (Art. 135 in Verbindung mit Art. 159 Abs. 3 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerden werden in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Glarus vom 27. März 2001 aufgehoben und die Sache an die Ausgleichskasse Glarus zurückgewiesen wird, damit diese, nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen, über den Schadenersatz in masslicher Hinsicht neu befinde.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 5000.- werden je zur Hälfte den Beschwerdeführern und der Ausgleichskasse Glarus auferlegt.

3.

Die geleisteten Kostenvorschüsse von je Fr. 4500.- werden den Beschwerdeführern im Umfang von je Fr. 3250.- zurückerstattet.

4.

Die Ausgleichskasse Glarus hat den Beschwerdeführern für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von je Fr. 1250.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5.

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

6.

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

Luzern, 19. November 2002

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der III. Kammer: Der Gerichtsschreiber: