

Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assurances

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess {T 7}
H 8/06

Urteil vom 22. Juni 2006
IV. Kammer

Besetzung
Präsident Ursprung, Bundesrichterin Widmer und Bundesrichter Schön; Gerichtsschreiberin Helfenstein Franke

Parteien
X._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Karl E. Schroeder, Bahnhofstrasse 106, 8001 Zürich,

gegen

Ausgleichskasse des Schweizerischen Gewerbes, Brunnmattstrasse 45, 3007 Bern, Beschwerdegegnerin,

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 17. November 2005)

Sachverhalt:

A.

Die aus der 1953 gegründeten Firma M._____ 1998 hervorgegangene Firma L._____ AG war der Ausgleichskasse des Schweizerischen Gewerbes (nachfolgend: Ausgleichskasse) als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen. Als Verwaltungsräte amtierten X._____ (vom 24. Juli 1996 bis 17. September 2002, davon zunächst als Delegierter, dann ab 31. August 1998 als Präsident des Verwaltungsrates, jeweils mit Einzelunterschrift), U._____ (vom 31. August 1998 bis 17. September 2002, mit Kollektivunterschrift zu zweien) sowie Y._____ (ab 17. September 2002). Am ... wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet. Nach Auskunft des Konkursamtes T._____ vom ..., wonach mit einem vollständigen Verlust zu rechnen sei, verpflichtete die Ausgleichskasse die drei Verantwortlichen mit Verfügungen vom 13. April 2004 zur Bezahlung von Schadenersatz für entgangene Sozialversicherungsbeiträge (einschliesslich FAK-Beiträge sowie Verwaltungskosten, Verzugszinsen, Mahngebühren und Betreibungskosten) in den Jahren 2000 bis 2002 in der Höhe von Fr. 140'238.60 (Y._____) bzw. Fr. 86'265.- (X._____ und U._____). Mit Einspracheentscheiden vom 10. Juni 2004 hielt die Ausgleichskasse an den Schadenersatzforderungen gegenüber X._____ und Y._____ fest; hingegen hob sie die Schadenersatzverfügung gegenüber U._____ vollumfänglich auf. Der Einspracheentscheid betreffend Y._____ wurde rechtskräftig, aus dem von der Ausgleichskasse eingeleiteten Vollstreckungsverfahren resultierte ein Verlustschein.

B.

Die von X._____ gegen den Einspracheentscheid vom 10. Juni 2004 erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 17. November 2005 ab.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt X._____ die Aufhebung der Schadenersatzverfügung vom 13. April 2004 beantragen.

Die Ausgleichskasse des Schweizerischen Gewerbes schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) auf eine Vernehmlassung verzichtet. Der als Mitinteressierte beigeladene Y._____ lässt sich nicht vernehmen.

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.

2.1 Die strittige Verfügung hat nicht die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen zum Gegenstand. Das Eidgenössische Versicherungsgericht prüft daher nur, ob das vorinstanzliche Gericht Bundesrecht verletzte, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder ob der rechtserhebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt wurde (Art. 132 in Verbindung mit Art. 104 lit. a und b sowie Art. 105 Abs. 2 OG).

2.2 Im Rahmen von Art. 105 Abs. 2 OG ist die Möglichkeit, im Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht neue tatsächliche Behauptungen aufzustellen oder neue Beweismittel geltend zu machen, weitgehend eingeschränkt. Nach der Rechtsprechung sind nur jene neuen Beweismittel zulässig, welche die Vorinstanz von Amtes wegen hätte erheben müssen und deren Nichterheben eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften darstellt (BGE 121 II 99 Erw. 1c, 120 V 485 Erw. 1b, je mit Hinweisen). Zwar ist der Verwaltungsprozess vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht, wonach Verwaltung und Gericht von sich aus für die richtige und vollständige Abklärung des Sachverhalts zu sorgen haben; doch entbindet das die Rechtsuchenden nicht davon, selber die Beanstandungen vorzubringen, die sie anzubringen haben (Rügepflicht), und ihrerseits zur Feststellung des Sachverhalts beizutragen (Mitwirkungspflicht). Unzulässig und mit der weit gehenden Bindung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts an die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung gemäss Art. 105 Abs. 2 OG unvereinbar ist es darum, neue tatsächliche Behauptungen und neue Beweismittel erst im letztinstanzlichen Verfahren vorzubringen, obwohl sie schon im kantonalen Beschwerdeverfahren

hätten geltend gemacht werden können und - in Beachtung der Mitwirkungspflicht - hätten geltend gemacht werden müssen. Solche (verspätete) Vorbringen sind nicht geeignet, die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz als mangelhaft im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG erscheinen zu lassen (BGE 121 II 100 Erw. 1c, AHl 1994 S. 211 Erw. 2b mit Hinweisen).

3.

3.1 Die Vorinstanz hat die Bestimmungen über die Arbeitgeberhaftung (Art. 52 AHVG; Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV) sowie die hiezu ergangene Rechtsprechung, insbesondere über den Eintritt des Schadens und Zeitpunkt der Kenntnis des Schadens (BGE 129 V 193, 128 V 10, 119 V 92 Erw. 3), die subsidiäre Haftung der Organe eines Arbeitgebers (BGE 129 V 11, 126 V 237, 123 V 15 Erw. 5b, je mit Hinweisen), den zu ersetzenden Schaden (BGE 126 V 444 Erw. 3a, 123 V 15 Erw. 5b, je mit Hinweisen), die erforderliche Widerrechtlichkeit (BGE 118 V 195 Erw. 2a mit Hinweisen), die Voraussetzung des Verschuldens und den dabei zu berücksichtigenden - differenzierten - Sorgfaltsmassstab (BGE 108 V 202 Erw. 3a, ZAK 1992 S. 248 Erw. 4b, je mit Hinweisen; vgl. auch Thomas Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in: AJP 9/96, S. 1081) zutreffend wiedergegeben. Darauf wird verwiesen.

3.2 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 130 V 4 Erw. 3.2, 93 Erw. 3.2, 220 Erw. 3.2, 129 V 4 Erw. 1.2, 169 Erw. 1, 356 Erw. 1), kommen angesichts des am 17. September 2002 erfolgten Rücktritts des Beschwerdeführers aus dem Verwaltungsrat der am 9. Januar 2003 in Konkurs gefallenen Gesellschaft (vgl. auch BGE 119 V 401 und 123 V 12) in materieller Hinsicht die bis zum 31. Dezember 2002 geltenden Bestimmungen zur Anwendung. Hingegen ist angesichts des Zeitpunkts der Verfügung (13. April 2004) bzw. des Einspracheentscheides (10. Juni 2004) das neue Verfahrensrecht nach ATSG anwendbar (BGE 130 V 1).

4.

Zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer Schadenersatz zu leisten hat. Dabei bestreitet dieser weder den Schaden in masslicher Hinsicht noch seine Organstellung. Hingegen macht er Entlastungs- und Rechtfertigungsgründe geltend.

4.1 Wie die Vorinstanz verbindlich festgestellt hat (vgl. Erw. 2.1 hievor), kam die konkursite Gesellschaft den ihr als Arbeitgeberin obliegenden Zahlungsverpflichtungen nur unvollständig nach. Die ab Februar 2002 geschuldeten Beiträge zuzüglich Verwaltungskosten, Mahngebühren,

Betriebskosten sowie Verzugszinsen in der Höhe von Fr. 140'238.60 wurden nicht mehr entrichtet. Bereits ab Juli 2000 musste die Gesellschaft gemahnt und betrieben werden. Bis Oktober 2001 ging die Ausgleichskasse noch Abzahlungsvereinbarungen mit der Gesellschaft ein, danach gewährte sie keine Zahlungsaufschübe mehr. Damit versties die Gesellschaft gegen die - in masslicher Hinsicht unbestrittene - Beitragszahlungspflicht und missachtete Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG. Streitig und zu prüfen ist, ob das kantonale Gericht dieses Verschulden zu Recht dem Beschwerdeführer, seines Zeichens zunächst Delegierter, dann einzelzeichnungsberechtigter Präsident des Verwaltungsrates der Gesellschaft, der nach Lage der Akten auch die Korrespondenz mit der Ausgleichskasse betreffend Beitragsausstände führte, als grobfahrlässiges Verhalten angerechnet hat.

4.2 Die Vorinstanz erwog, angesichts des erst im zweiten Halbjahr 2002 erstellten und von der Revisionsstelle bemängelten Jahresabschlusses 2001 auf Grund festgestellter Überbewertungen sowie Überschuldung gemäss Bilanz 2001 sei erhöhte Aufmerksamkeit aller Organe, insbesondere des Verwaltungsratspräsidenten, dem die operative Führung des Unternehmens oblag, geboten gewesen. Es sei seit mindestens 2000 ein konkursreifes Unternehmen weitergeführt worden, woran auch der Umstand des Personalabbaus per 2002 nichts zu ändern vermöge. Die ins Feld geführten Sanierungslösungen müssten als ungeeignet und als zu spät in Aussicht genommen betrachtet werden.

4.3 Der Beschwerdeführer räumt zwar ein, die Gesellschaft sei überschuldet gewesen und habe einer erhöhten Aufmerksamkeit aller Organe bedurft, diese sei jedoch wahrgenommen und insbesondere seien Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft getroffen worden. Er macht im Wesentlichen erneut geltend, Y._____, dem im August 2002 das Amt als einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft übertragen worden sei, sei für das Scheitern der Sanierungsbemühungen verantwortlich. Es seien Verkaufsverhandlungen geführt worden, die per Juli 2002 für den Bereich Baustellen zum Erfolg geführt hätten. Für das Werk habe Y._____ die Garantie abgegeben, die notwendigen liquiden Mittel zur Verfügung zu stellen. Zudem sei die notwendige Liquidität immer wieder durch die Firma G._____ AG als Muttergesellschaft der Firma L._____ AG sichergestellt worden, weshalb auch die Revisionsgesellschaft die Jahresrechnungen trotz hohen Verlusten akzeptiert habe. Nur die eingeleiteten Massnahmen hätten das Unternehmen längerfristig sanieren können. Das Risiko einer kurzfristigen Nichtbezahlung der Sozialversicherungsbeiträge habe vor dem Hintergrund einer langfristigen Sanierung der Gesellschaft vernachlässigt werden können, weil er der begründeten Meinung

gewesen sei, die ausstehenden Beiträge ohne weiteres und innert nützlicher Frist bezahlen zu können. Dies sei erst durch die Aktivitäten des Y._____ zunichte gemacht worden.

5.

5.1 Nachdem gemäss konstanter Rechtsprechung von einer Arbeitgeberin bei finanziellen Schwierigkeiten grundsätzlich nur so viel Lohn ausbezahlt werden darf, als die darauf unmittelbar entstehenden Beitragsforderungen gedeckt sind (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 Erw.5), ist die Nichtbezahlung der Sozialversicherungsbeiträge nur dann allenfalls gerechtfertigt oder entschuldbar, wenn die Arbeitgeberin, welche zunächst für das Überleben des Unternehmens wesentliche andere Forderungen (insbesondere solche der Arbeitnehmer und Lieferanten) befriedigt, gleichzeitig auf Grund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage annehmen darf, sie werde die geschuldeten Beiträge innert nützlicher Frist nachzahlen können (BGE 108 V 188 Erw. 2, bestätigt in BGE 121 V 243; ZAK 1992 S. 248 Erw. 4b, 1985 S. 577 Erw. 3a), und angesichts der Höhe der bestehenden Verbindlichkeiten und der eingegangenen Risiken von einer vorübergehenden Zurückbehaltung der Sozialversicherungsbeiträge objektiv eine für die Rettung des Unternehmens ausschlaggebende Wirkung zu erwarten ist (Urteil G. vom 2. Februar 2005, H 86/02, mit Hinweisen).

5.2 Nach Lage der Akten konzentrierten sich die Sanierungsbemühungen des Beschwerdeführers neben der Auslagerung des Bereichs Baustellen darauf, mit Y._____ ins Geschäft zu kommen, um letztlich von diesem die dringend benötigten finanziellen Mittel zu erhalten. Der Beschwerdeführer macht denn auch geltend, im damaligen Zeitpunkt und Umfeld hätten sich die vorgenommenen Massnahmen als die einzig möglichen präsentiert. Dabei basierten seine Hoffnungen, die Gesellschaft mit Hilfe von Y._____ zu sanieren, jedoch allein auf mündlichen Versprechungen, wie unter anderem die Vorbringen in der vorinstanzlichen Beschwerde und insbesondere auch die Zeugenbefragungen des Beschwerdeführers und seiner Frau durch die Bezirksanwaltschaft Z._____ vom 20. Oktober 2004 zeigen: Weder gab Y._____ eine rechtsgenügende Zahlungsgarantie ab, noch ist aus den Akten ersichtlich, ob Y._____ überhaupt je in der Lage war, die versprochenen Gelder beizubringen. Eine schriftliche Vereinbarung über die konkrete Zusammenarbeit zwischen diesem und der Gesellschaft kam nicht zustande. Dies hinderte den Beschwerdeführer allerdings nicht, Y._____ bereits im Hinblick auf die Gegenzeichnung des Vertrages vom 2. Oktober 2002 betreffend Aktienverkauf unbesehen die gesamte Verantwortung an den Gesellschaften zu übertragen, was er anlässlich der

erwähnten Zeugenbefragung denn auch als seinen grössten Fehler bezeichnete.

Unter solchen Umständen konnte bei einer seriösen Beurteilung der Lage keineswegs davon ausgegangen werden, die schon länger überschuldete Unternehmung könne längerfristig saniert werden. Abgesehen davon, dass gerade für die langfristige Gesundheit eines über Jahre in finanziellen Schwierigkeiten steckenden Unternehmens der Einschuss zusätzlicher Gelder ohne weitere Massnahmen nicht ausreicht, kann in der blossen Hoffnung zusätzlicher Mittel durch einen potentiellen Investor keine begründete Aussicht auf Sanierung der Gesellschaft liegen. Dies gilt umso mehr, als sich der Beschwerdeführer nur mit mündlichen Versprechungen von Y._____ zufrieden gab, obwohl dessen Geschäftsgebahren gerade zu besonderer Vorsicht Anlass geboten hätte. Begründete Aussicht auf Sanierung der Gesellschaft und damit auf Begleichung der offenen Forderungen gegenüber der Ausgleichskasse innert nützlicher Frist bestand damit nicht, was indes Voraussetzung für die Rechtfertigung eines vorübergehenden Beitragsausstandes bildet (Erw. 5.1 hievor).

Weitere Vorkehren macht der Beschwerdeführer nicht geltend; solche sind auch nicht ersichtlich. Zwar legt der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde verschiedenste Unterlagen ins Recht. Auch daraus geht indes nicht hervor, worin weitere erfolgsversprechende Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft hätten bestehen sollen, abgesehen davon, dass es sich bei zahlreichen vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht erstmals eingereichten Unterlagen um unzulässige Noven gemäss Art. 105 Abs. 2 OG handelt (vgl. Erw. 2.2 hievor).

5.3 Schliesslich ist in diesem Zusammenhang auch der Verweis auf eine Garantenstellung der Muttergesellschaft nicht stichhaltig: Es ist nicht ersichtlich, inwiefern eine solche finanzielle Absicherung tatsächlich bestanden haben soll, nachdem die Muttergesellschaft bei den mindestens über mehr als zwei Jahre dauernden Zahlungsschwierigkeiten offenbar keine Mittel zur Bezahlung der ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge zur Verfügung gestellt hat. Sollte, wie der Beschwerdeführer vorbringt, aus dem Verkauf eines Unternehmensteils im August 2002 ein Erlös von Fr. 753'000.- erzielt worden sein, wäre nicht nachvollziehbar, weshalb angesichts der Ausstände gegenüber der Ausgleichskasse während der Amtsdauer des Beschwerdeführers darauf verzichtet wurde, die Muttergesellschaft um finanzielle Unterstützung anzugehen.

5.4 Weitere Gründe, welche zu einer Entlastung des Beschwerdeführers zu führen vermöchten, sind auch aus den mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereichten Akten, soweit diese im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG berücksichtigt werden können, nicht erkennbar. Es ist damit von einem haftungsbegründenden qualifizierten Verschulden, wie es Art. 52 AHVG für die Schadenersatzverpflichtung verlangt, auszugehen, weshalb der angefochtene Entscheid rechtens ist.

6.

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

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 4'500.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3.

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

Luzern, 22. Juni 2006

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der IV. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: