

Eidgenössisches Versicherungsgericht  
Tribunale federale delle assicurazioni  
Tribunal federal d'assicurances

Sozialversicherungsabteilung  
des Bundesgerichts

Prozess  
{T 7}  
H 232/01

Urteil vom 26. November 2002  
IV. Kammer

Besetzung  
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Rüedi und Ferrari; Gerichtsschreiber Schmutz

Parteien  
D.\_\_\_\_\_, 1954, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Bruno Meier, Kaiserstrasse 8,  
4310 Rheinfelden,

gegen

Ausgleichskasse Basel-Stadt, Wettsteinplatz 1, 4058 Basel, Beschwerdegegnerin

Vorinstanz  
Sozialversicherungsgericht Basel-Stadt, Basel

(Entscheid vom 26. Januar 2001)

Sachverhalt:

A.

D.\_\_\_\_\_ war Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der Zweigniederlassung der Firma V.\_\_\_\_\_ AG und in dieser Funktion vom 16. März 1990 bis zur Auflösung der Zweigniederlassung am 19. Januar 1996 im Handelsregister eingetragen. Über die Gesellschaft wurde am 20. August 1996 der Konkurs eröffnet. Mit Verfügung vom 23. Januar 1997 verpflichtete die Ausgleichskasse Basel-Stadt D.\_\_\_\_\_ zur Leistung von Schadenersatz in der Höhe von Fr. 129'001.95 für entgangene bundesrechtlich geschuldete Sozialversicherungsbeiträge und Fr. 14'046.40 zu Gunsten der Familienausgleichskasse für die Jahre 1992 bis 1994 (einschliesslich Verwaltungskosten und Verzugszinsen) (nachfolgend: Verfahren Nr. 46/1997). Mit einer weiteren Verfügung vom 7. November 1996 (nachfolgend: Verfahren Nr. 129/1997) forderte die Ausgleichskasse von D.\_\_\_\_\_ Schadenersatz in der Höhe von Fr. 193'047.50 für entgangene bundesrechtlich geschuldete Sozialversicherungsbeiträge (Jahre 1990 und 1991 sowie 1993 und 1994) und Fr. 15'275.60 zugunsten der Familienausgleichskasse (Jahre 1990 und 1991) ein (einschliesslich Verwaltungskosten, Mahngebühren und Verzugszinsen).

B.

Auf Einsprüche von D.\_\_\_\_\_ hin reichte die Ausgleichskasse bei der Kantonalen Rekurskommission für die Ausgleichskassen und die IV-Stellen (heute: Sozialversicherungsgericht Basel-Stadt) Klagen ein. Die kantonale Instanz verurteilte D.\_\_\_\_\_ im Verfahren Nr. 129/1997 dazu, der Ausgleichskasse den Betrag von Fr. 208'323.10 zu bezahlen. Im Verfahren Nr. 46/1997 stellte sie die Haftung von D.\_\_\_\_\_ für Schadenersatz dem Grundsatz nach fest und wies die Sache zu ergänzender Abklärung zur Höhe der Schadenersatzpflicht im Sinne der Erwägungen an die Ausgleichskasse zurück (Entscheid vom 26. Januar 2001).

C.

D.\_\_\_\_\_ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Abweisung der Schadenersatzklagen; eventuell sei die Sache zur materiellen Beurteilung und Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Während die Ausgleichskasse auf Abweisung der Beschwerde schliesst, verzichtet das Bundesamt für Sozialversicherung auf eine Vernehmlassung.

D.

Soweit er durch den angefochtenen Entscheid zu Schadenersatz für uneinbringliche

kantonrechtliche Familienausgleichskassen-Beiträge verpflichtet wurde, erhob D. \_\_\_\_\_ dagegen beim Schweizerischen Bundesgericht staatsrechtliche Beschwerde. Dieses Verfahren wurde mit Verfügung des Präsidenten der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 10. Juli 2001 bis zum Vorliegen des Urteils über die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sistiert. Das Eidgenössische Versicherungsgericht wurde eingeladen, dem Bundesgericht zu gegebener Zeit davon Kenntnis zu geben.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 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).

1.2 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 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.

Die verfügende - im Beschwerdefall die urteilende - Instanz hat auf Grund des im Sozialversicherungsrecht vorherrschenden Untersuchungsgrundsatzes von Amtes wegen, aus eigener Initiative und ohne Bindung an die Vorbringen oder Beweisanträge der Parteien für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen (BGE 117 V 263 Erw. 3b). Der Grundsatz der *Offizialmaxime* wird ergänzt durch die im Anspruch auf rechtliches Gehör enthaltenen Parteirechte auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidungsfindung (BGE 120 V 360 Erw. 1a, 119 V 211 Erw. 3b mit Hinweisen). Dazu gehört auch das Recht, Beweisanträge zu stellen und als Korrelat die Pflicht der Behörde, erhebliche (prozesskonform angebotene) Beweise abzunehmen (BGE 104 V 210 Erw. a; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Nr. 82 B/IV b).

3.

3.1 Die rechtlichen Grundlagen (Art. 52 AHVG, Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV) und die zur subsidiären Haftbarkeit der Organe (vgl. statt vieler BGE 123 V 15 Erw. 5b) sowie zur Haftungsvoraussetzung des zumindest grobfahrlässigen Verschuldens (BGE 108 V 186 Erw. 1b, 193 Erw. 2b; ZAK 1985 S. 576 Erw. 2, 619 Erw. 3a) ergangene Rechtsprechung finden sich im kantonalen Entscheid zutreffend wiedergegeben. Darauf wird verwiesen.

3.2 Die Ausgleichskassen haben die Arbeitgeber periodisch auf die Einhaltung ihrer gesetzlichen Pflicht hin zu kontrollieren (Art. 68 Abs. 2 AHVG; Art. 162 und 163 AHVV). Ergibt die Kontrolle, dass Löhne nicht deklariert worden sind oder von bestimmten Leistungen, die ganz oder teilweise als Lohnzahlungen zu betrachten sind, keine Beiträge entrichtet wurden, so hat die Ausgleichskasse die nicht bezahlten Beiträge nachzufordern (Art. 39 AHVV). Vorbehalten bleibt Art. 16 Abs. 1 AHVG.

3.3 Nach Art. 16 Abs. 1 AHVG können Beiträge, die nicht innert fünf Jahren seit Ablauf des Kalenderjahres, für welches sie geschuldet sind, durch Verfügung geltend gemacht werden, nicht mehr eingefordert oder entrichtet werden. Diese Frist ist eine Verwirkungs-, keine Verjährungsfrist. Nach der Rechtsprechung zu Art. 16 Abs. 1 AHVG wird mit dem fristgerechten Erlass einer Beitragsverfügung die Verwirkung ein für allemal ausgeschlossen, und zwar auch dann, wenn die Verfügung in der Folge vom Gericht oder - im Rahmen einer Wiedererwägung - von der Verwaltung aufgehoben wird und durch eine andere ersetzt werden muss; jedoch dürfen mit der berichtigten Verfügung keine höheren als die fristgerecht verfüigten Beiträge einverlangt werden (ZAK 1992 S. 315 Erw. 4a mit Hinweisen).

3.4 Eine Nachzahlungsverfügung, mit der über paritätische Beiträge verfügt wird, muss - zumindest in einer Beilage - die für die Verbuchung der Beiträge und für die Eintragung in die individuellen Konten benötigten Angaben enthalten, so die Namen der Versicherten, die Höhe der massgebenden Löhne und der darauf berechneten Beiträge sowie das Jahr, für welches die Beiträge nachgefordert werden (vgl. Art. 140 Abs. 1 AHVV; BGE 110 V 234 Erw. 4; ZAK 1992 S. 316 Erw. 5a). Damit die Ausgleichskasse dieser Pflicht nachkommen kann, ist der Arbeitgeber gehalten, der Kasse bzw. der mit der Arbeitgeberkontrolle beauftragten Revisionsstelle die erforderlichen Auskünfte zu erteilen (Art. 51 Abs. 3 AHVG; Art. 35 Abs. 1 und 209 Abs. 1 AHVV; BGE 118 V 70 Erw. 3a).

3.5 Die Rechtsprechung hat allerdings anerkannt, dass in Ausnahmefällen unter gewissen Voraussetzungen auch eine schätzungsweise Ermittlung des beitragspflichtigen Lohnes und die blosser Angabe einer Pauschalsumme für die Gültigkeit einer Verfügung genügen können (BGE 110 V

234 Erw. 4a; ZAK 1992 S. 316 Erw. 5a; EVGE 1961 S. 148). Ein solches Vorgehen ist indessen nur dann zulässig, wenn es für die Ausgleichskasse praktisch unmöglich ist, die beitragspflichtigen Lohnsummen mit der vom Gesetz verlangten Genauigkeit in Erfahrung zu bringen, weil es der Arbeitgeber trotz Mahnung (vgl. Art. 37 AHVV) unterlässt, innert nützlicher Frist die für die Festsetzung der paritätischen Beiträge erforderlichen Angaben zu machen. Mit anderen Worten muss die Ausgleichskasse wegen der Pflichtvergessenheit des Arbeitgebers gezwungen sein, Massnahmen zu ergreifen, um die Verwirkung der geschuldeten Beiträge auszuschliessen. Die Ausgleichskasse ist dann verpflichtet, im Sinne von Art. 14 Abs. 3 AHVG und Art. 38 AHVV zu veranlassen. Die auf dieser Grundlage erlassene Verfügung ist eine Veranlagungs-, nicht eine Beitragsverfügung. Sie eignet sich dazu, die Verwirkung der Beiträge im Sinne von Art. 16 Abs. 1 AHVG zu verhindern (BGE 118 V 71 Erw. 3b mit Hinweisen).

3.6 Nach der Rechtsprechung ist die auf einer vor der Konkursöffnung eröffneten, rechtskräftigen Nachzahlungsverfügung beruhende Schadenersatzforderung im Verfahren nach Art. 52 AHVG in masslicher Hinsicht nur zu überprüfen, wenn sich aus den Akten Anhaltspunkte für eine zweifellose Unrichtigkeit der durch die Nachzahlungsverfügung festgesetzten Beiträge ergeben (AHI 1993 S. 173 Erw. 3a; ZAK 1991 S. 125 Erw. II/1b). Der im Rahmen der Haftung nach Art. 52 AHVG verwendete Begriff der zweifellosen Unrichtigkeit als Voraussetzung der Überprüfbarkeit rechtskräftiger Nachzahlungsverfügungen entspricht dem bei Wiedererwägung (vgl. dazu BGE 127 V 469 Erw. 2c mit Hinweisen) benutzten Begriff. Eine Überprüfung ist auch zulässig bei Vorliegen der Voraussetzungen der prozessualen Revision gemäss Art. 85 Abs. 2 lit. h AHVG.

Nach der Konkursöffnung mitgeteilte Verfügungen sind überprüfbar (AHI 1993 S. 173 Erw. 3b).

4.

Der Beschwerdeführer bestreitet sein Verschulden an der Nichtzahlung der nachgeforderten Beträge mit dem Einwand, die Firma habe im Zeitpunkt der Fälligkeit der gestellten Nachforderungen bereits über keine Mittel mehr verfügt. Dies alleine vermag den Beschwerdeführer nicht zu exkulpieren, da er dafür hätte sorgen müssen, dass die Beiträge jeweils bereits nach erfolgter Lohnzahlung innert der bundesrechtlich vorgeschriebenen Frist bezahlt werden. Die Exkulpations- und Rechtfertigungsgründe müssen für den Zeitraum gegeben sein, in welchem die entgangenen Beiträge zu entrichten waren (BGE 108 V 188, bestätigt in BGE 121 V 243; ZAK 1986 S. 222).

5.

Streitig ist in beiden Verfahren 46/1997 und 129/1997, ob und in welchem Ausmass der Beschwerdeführer für den Ersatz des Schadens nach Art. 52 AHVG haftet. Die Vorinstanz hat dies im Verfahren 47/1997 dem Grundsatz nach festgestellt und ihn im Verfahren 129/1997 zur Zahlung des Betrags von Fr. 208'323.10 verurteilt. Der Beschwerdeführer bestreitet seine Haftung in beiden Verfahren sowohl im Grundsatz wie in betraglicher Hinsicht. Die Beschwerdegegnerin verzichtet darauf, sich zum Ergebnis des vorinstanzlichen Verfahrens zu äussern.

5.1 Bezüglich der nach der Konkursöffnung am 20. August 1996 ergangenen Nachzahlungsverfügung vom 20. November 1996 (Verfahren 46/1997) hatte die Vorinstanz eine freie Prüfung vorzunehmen (Erw. 3.6). Sie hat die Sache zur genaueren Abklärung des Quantitativen der Schadenersatzforderung zurückgewiesen und dazu Sachverhaltsfeststellungen getroffen, an die das Eidgenössische Versicherungsgericht gebunden ist, soweit der rechtserhebliche Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden ist (Erw. 1.2). Streitig sind hier nach den Einlassungen der Ausgleichskasse im kantonalen Verfahren und nach dem angefochtenen Entscheid noch die eingeklagten Beiträge auf Bezügen des Beschwerdeführers und des Mitarbeiters M.\_\_\_\_\_. Nach den Vorbringen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich der Sachverhalt bezüglich der Wohn- und Beschäftigungssituation des Beschwerdeführers als unvollständig abgeklärt. Dieser macht geltend, er sei in der fraglichen Zeitperiode gar nicht in der Schweiz wohnhaft gewesen und habe im deutschen Büro der Firma V.\_\_\_\_\_ AG die hauptsächlich im Ausland tätige Firma geleitet. Zuwenig abgeklärt ist auch der Charakter und

Verwendungszweck der damals an ihn ausgerichteten Vergütungen. So soll es sich dabei nach seiner Darstellung auch um Spesenersatz und insbesondere die Bezahlung der Miete der Basler Geschäftsräumlichkeiten gehandelt haben. Auch ist auf Grund der Akten vorerst nicht bestimmbar, ob die an M.\_\_\_\_\_ ausgerichteten Zahlungen überhaupt beitragspflichtig waren. Nach den in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemachten Einwendungen erscheint dies zumindest fraglich. Der Beschwerdeführer hat im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht vergeblich versucht, den Aufenthaltsort von M.\_\_\_\_\_ ausfindig zu machen. Die Ausgleichskasse wird nach Klärung der offenen Fragen hinsichtlich dieser Zahlungen den Umfang der Schadenersatzforderung neu festzusetzen haben.

5.2 Die Ausgleichskasse hat mit der im Verfahren 129/1997 erlassenen Schadenersatzverfügung vom 7. November 1996 Nachzahlungsverfügungen aus den Jahren 1994 und 1995 geltend gemacht,

die bereits vor der Eröffnung des Konkurses über die Firma V. \_\_\_\_\_ AG per 20. August 1996 in Rechtskraft erwachsen. Der Beschwerdeführer muss sich die Rechtskraft soweit entgegen halten lassen, als sich aus den Akten weder eine zweifellose Unrichtigkeit der nachgeforderten Beträge ergibt, noch Grund für eine prozessuale Revision besteht (Erw. 3.6). Dies kann sich nicht aus Akten ergeben, welche die Arbeitgeberin schon im Rechtsmittelverfahren gegen die Beitragsverfügungen hätte einreichen können. Ein diesbezügliches Beweisverfahren wird im Rahmen des Schadenersatzprozesses deshalb nicht durchgeführt.

5.2.1 Der Beschwerdeführer bestreitet in diesem Verfahren einerseits die Beitragspflicht im Zusammenhang mit Nachforderungen auf Zahlungen an ihn, an E. \_\_\_\_\_ sowie an B. \_\_\_\_\_. Hier ergibt sich aus den Akten keine zweifellose Unrichtigkeit der Beitragsforderungen. Die entsprechende Schadenersatzforderung ist darum in masslicher Hinsicht nicht mehr zu überprüfen.

5.2.2 Hingegen ergibt sich aus den Akten eine zweifellose Unrichtigkeit der Nachforderung von Beiträgen auf Zahlungen an "Unbekannt" aus den Jahren 1990 und 1991 im Gesamtbetrag von Fr. 875'755.90 ("Kto. 6 - Saldo Konto 3001"), weil Beiträge auf Zahlungen erhoben wurden, die nicht nur als Löhne nicht individuell zuzuordnen sind, sondern bei denen nicht einmal feststeht, ob es sich überhaupt um Arbeitsentgelte handelte. Es liegt hier kein von der Rechtsprechung anerkannter Ausnahmefall vor, in welchem auch eine schätzungsweise Ermittlung des beitragspflichtigen Lohnes und die blosser Angabe einer Pauschalsumme für die Gültigkeit einer Verfügung genügen kann (Erw. 3.5). Wie die Vorinstanz im Verfahren 46/1997 zu einer analogen Nachforderung zutreffend erwogen hat, ist ein solches Vorgehen nur dann zulässig, wenn konkrete, substantiierte Anhaltspunkte dafür geltend gemacht werden können, dass bestimmte Leistungen als Lohn qualifiziert werden müssen und die Buchhaltung insofern mangelhaft ist, als eine Individualisierung der Empfänger nicht möglich ist. Es geht aus den Akten nicht hervor, dass zur Vermeidung der Verwirkung geschuldeter Beiträge lediglich eine vorsorgliche Verfügung erlassen worden ist, und es ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Ausgleichskasse durch das Verhalten der Arbeitgeberin in Zeitnot geraten wäre und daher die abzurechnende Lohnsumme schätzungsweise ermitteln musste. Ebenso ist nicht ersichtlich oder dargetan, dass die zum Erlass einer inhaltlich rechtskonformen Verfügung erforderlichen Angaben pflichtwidrig verweigert worden wären. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist darum in dem Umfang gutzuheissen, als für die Jahre 1990 und 1991 unter der Position "Kto. 6 - Saldo Konto 3001" Beiträge auf Zahlungen nachgefordert wurden, die nicht als Arbeitsentgelt an eindeutig bestimmte Personen ausgewiesen sind. Die entsprechenden Beiträge wurden zu Unrecht verfügt und es ist der Beschwerdegegnerin insoweit kein Schaden entstanden. Die Ausgleichskasse wird hier den Umfang der verbleibenden Schadenersatzforderung neu festzusetzen haben.

6.

Im Übrigen hat die Vorinstanz dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör nicht verweigert, wenn sie nicht sämtlichen gestellten Beweisanträgen folgte. Der Sachverhalt war nur soweit vollständig abzuklären, als er als rechtserheblich einzustufen ist. Dieser verwirklichte sich vorliegend ausschliesslich in der Zeit vor der Verbeiständung der Firma V. \_\_\_\_\_ AG. Darum konnte auf die - ohne Angabe spezieller Gründe beantragte - Befragung des Firmenbeistandes verzichtet werden. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist auch nicht dargetan, wenn allgemein als Verfahrensmangel beanstandet wird, die Vorinstanz habe es entgegen dem gestellten Antrag unterlassen, die gesamten Geschäftsakten der Firma V. \_\_\_\_\_ AG und die vollständige Korrespondenz der Firma mit der Ausgleichskasse auszuwerten.

7.

Da im vorliegenden Verfahren nicht die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen streitig war, fällt es nicht unter die Kostenfreiheit gemäss Art. 134 OG. Entsprechend dem Verfahrensausgang werden die Gerichtskosten der Ausgleichskasse auferlegt (Art. 135 in Verbindung mit Art. 156 OG). Dem Prozessausgang entsprechend ist dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 159 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 135 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass der Entscheid der Kantonalen Rekurskommission für die Ausgleichskassen und die IV-Stellen Basel vom 26. Januar 2001 soweit aufgehoben wird, als der Beschwerdeführer im Verfahren 129/1997 zu Schadenersatz im Zusammenhang mit Zahlungen verpflichtet wurde, die nicht als beitragspflichtiges Arbeitsentgelt an bestimmte Personen ausgewiesen sind.

2.

Die Sache wird an die Ausgleichskasse Basel-Stadt zurückgewiesen, damit sie im Verfahren 46/1997 die nach den Erwägungen notwendigen ergänzenden Abklärungen bezüglich allfälliger Beitragsnachforderungen auf Auszahlungen an den Beschwerdeführer und an M. \_\_\_\_\_ trifft und in

den Verfahren 46/1997 und 129/1997 im Sinne der Erwägungen das Quantitativ der Schadenersatzforderung neu festsetzt.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 7'000.-- werden der Ausgleichskasse Basel-Stadt auferlegt.

4.

Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 7'000.-- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

5.

Die Ausgleichskasse Basel-Stadt hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

6.

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

7.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht Basel-Stadt, dem Schweizerischen Bundesgericht, II. öffentlichrechtliche Abteilung, und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.

Luzern, 26. November 2002

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Die Präsidentin der IV. Kammer: Der Gerichtsschreiber: