

Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicurances

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 38/03

Urteil vom 27. Januar 2004
III. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Rüedi und Lustenberger; Gerichtsschreiberin Schüpfer

Parteien

1. A. _____,
2. B. _____,
3. C. _____,

Beschwerdeführer,
alle vertreten durch Fürsprecher Michael Bader, Münsterstrasse 34, 3000 Bern 8,

gegen

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

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 6. Dezember 2002)

Sachverhalt:

A.

A. _____, B. _____ und C. _____ waren Mitglieder des Verwaltungsrates der D. _____ AG, ab 23. November 1998 in Neftenbach. Am 7. September 2000 wurde über die Aktiengesellschaft der Konkurs eröffnet. Mit Verfügungen vom 26. Juli 2001 forderte die Ausgleichskasse des Kantons Zürich (nachfolgend: Ausgleichskasse) von A. _____, B. _____ und C. _____ in solidarischer Haftbarkeit Schadenersatz für entgangene Sozialversicherungsbeiträge (inklusive Verwaltungskosten, Verzugszinsen und Mahngebühren) im Gesamtbetrag von Fr. 45'843.45. Dagegen liessen die Betroffenen Einspruch erheben.

B.

Die von der Ausgleichskasse gegen A. _____, B. _____ und C. _____ erhobene Klage im Betrag von Fr. 24'054.10 hiess das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich in der Höhe von Fr. 18'040.80 - unter solidarischer Haftung - teilweise gut (Entscheid vom 6. Dezember 2002).

C.

A. _____, B. _____ und C. _____ lassen mit dem Antrag Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen, der vorinstanzliche Entscheid sowie die Verfügungen vom 26. Juli 2001 seien aufzuheben und die Klage der Ausgleichskasse sei abzuweisen.

Die Ausgleichskasse und das Bundesamt für Sozialversicherung verzichten auf eine Vernehmlassung.

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 (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 Vorinstanz hat unter Hinweis auf Gesetz (Art. 52 AHVG, Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV) und Rechtsprechung die Voraussetzungen der subsidiären Haftbarkeit der Organe juristischer Personen für den der Ausgleichskasse wegen schuldhafter Missachtung der Vorschriften über die Beitragsabrechnung und -zahlung entstandenen Schaden zutreffend dargelegt (vgl. statt vieler BGE 121 V 240 Erw. 3c/bb und 4b sowie 114 V 214 Erw. 3 und 4; siehe auch BGE 123 V 15 Erw. 5b). Richtig sind ferner die Erwägungen zur Haftungsvoraussetzung des qualifizierten Verschuldens (BGE 108 V 186 Erw. 1b, 193 Erw. 2b) sowie bezüglich dem dabei zu berücksichtigenden - differenzierten - Sorgfaltsmassstab (BGE 122 V 189 Erw. 3c, 108 V 202 Erw. 3a; vgl. auch Thomas Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in: AJP 9/96, S. 1081) und über die Verwirkung (Art. 81 und Art. 82 AHVV sowie die dazu ergangene Rechtsprechung). Darauf wird verwiesen.

Zu ergänzen ist, dass das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist. Nach dem massgebenden Zeitpunkt des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes eingetretene Rechts- und Sachverhaltsänderungen haben unberücksichtigt zu bleiben (BGE 129 V 4 Erw. 1.2 mit Hinweisen, 127 V 467 Erw. 1, 126 V 166 Erw. 4b).

3.

Die Schadenersatzforderung setzt sich aus den AHV/IV/EO/ALV- und FAK-Beiträgen sowie Verwaltungskosten und Mahngebühren für die Jahre 1998 und 1999 zusammen, wobei am 8. Dezember 1999 für die Beiträge des Jahres 1998 ein Tilgungsplan mit monatlichen Teilzahlungen - laufend von Dezember 1999 bis Juli 2001 - vereinbart wurde. Die bis Juni 2000 bezahlten Raten wurden abgezogen, enthalten sind hingegen die Beiträge für Juli und August gemäss Zahlungsvereinbarung. Die nach Konkurseröffnung am 7. September 2000 fällig gewordenen Raten wurden in den Schadenersatzverfügungen vom 26. Juli 2001 zwar noch gefordert, auf Einspruch hin aber nicht mehr eingeklagt.

Die Tatsache des Schadeneintritts und dessen Höhe sind grundsätzlich von den Beschwerdeführern nicht bestritten. Diese machen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde denn auch ausschliesslich geltend, der Schaden sei nicht auf absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften ihrerseits zurückzuführen. Wenn überhaupt, liege ein Mitverschulden der Ausgleichskasse vor.

4.

4.1 Fest steht, dass die Gesellschaft ihrer Beitragspflicht seit Beginn ihres Bestehens nicht bzw. unvollständig oder verzögert nachgekommen ist und auch ihre Abrechnungspflicht vernachlässigte. In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird dargelegt, dass man nicht nur in Bezug auf die Beitragszahlung, sondern stillschweigend auch hinsichtlich der Abrechnungspflicht auf eine "kulante Haltung" der Kasse zählte. Aus diesem Verhalten ist der Ausgleichskasse ein Schaden entstanden. Damit hat die Firma gegen die Vorschriften von Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV verstossen, was grundsätzlich die volle Schadenersatzpflicht der verantwortlichen Organe gemäss Art. 52 AHVG nach sich zieht (BGE 118 V 195 Erw. 2a mit Hinweisen). Zu prüfen bleibt, ob es für den ganzen oder für einzelne Teile des eingeklagten Schadens Gründe gibt, welche das Verhalten der Verwaltungsräte entschuldigen würden.

4.2 Wie das kantonale Gericht richtig dargelegt hat, ändert gemäss BGE 124 V 254 f. Erw. 3b ein Zahlungsaufschub mit Tilgungsplan nichts an der Widerrechtlichkeit der nicht ordnungsgemässen Bezahlung der Beiträge. Hingegen ist dieser Umstand bei der Beurteilung des Verschuldens der verantwortlichen Organe zu berücksichtigen. So hat die Ausgleichskasse richtigerweise die Raten, die gemäss Vereinbarung vom 8. Dezember 1999 erst nach Konkurseröffnung vom 7. September 2000 fällig geworden wären, gegenüber den Beschwerdeführern nicht klageweise geltend gemacht. Auch in Bezug auf die Nichtbezahlung der Juli- und August-Raten liegt kein qualifiziertes Verschulden vor. Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführer den Zahlungsaufschub beantragten, obschon sie damit rechnen mussten, dass die Firma Konkurs gehen werde und die Zahlungsvereinbarung nicht eingehalten werden könne, bestehen nicht. Vielmehr hat der Beschwerdeführer A. _____ ausstehende Raten aus eigenen Mitteln beglichen, nachdem die Aktiengesellschaft dazu offenbar nicht mehr in der Lage war. Dies ist einzig damit erklärbar, dass er an ein Weiterbestehen der Firma glaubte. Erst als das Konkursverfahren eingeleitet worden war, wurden die Zahlungen eingestellt. Das kann jedoch

nicht als haftungsbegründendes grobfahrlässiges Verhalten qualifiziert werden.

4.3

4.3.1 Anders ist die Schadenersatzforderung betreffend das Beitragsjahr 1999 zu beurteilen. Offenbar bestand die Vereinbarung jährlicher Zahlung der Beiträge (Art. 34 Abs. 2 AHVV in der bis 31. Dezember 2000 geltenden Fassung [aAHVV]), dies ohne Akontozahlungen. Gemäss Art. 34 Abs. 4 aAHVV wurden die Beiträge für das Jahr 1999 damit Anfang Januar 2000 zur Zahlung fällig. Im Zeitpunkt der Konkursöffnung am 7. September 2000 hatte die Gesellschaft aber weder eine Abrechnung erstellt, noch irgendwelche Zahlungen geleistet. Das ist als qualifiziertes Verschulden zu werten. Laut den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (vgl. Erwägung 1.2 hievore) konnten die Organe der späteren Konkursitin zu Beginn des Jahres 2000 nicht mehr damit rechnen, die Beiträge für das Jahr 1999 innert nützlicher Frist bezahlen zu können oder durch das Nichtbezahlen der Sozialversicherungsbeiträge die Firma zu retten. Wie schlecht es um die finanzielle Lage der AG stand, zeigt sich in der Tatsache, dass schliesslich eine Betreibung über den Betrag von Fr. 6'709.- zum Konkurs führte, und dass hohe Verbindlichkeiten von den Gläubigern regelmässig gestundet wurden. Die Beschwerdeführenden rechneten mit der "kulanten" Haltung der Ausgleichskasse, dass erst

lange nach dem gesetzlich festgelegten Termin die Abrechnung angemahnt und wie in den Vorjahren mit dem Inkasso der Beiträge viel Zeit gelassen werde. Die Nichtbezahlung der am 11. Januar 2000 fällig gewordenen Beiträge für 1999 muss unter den gegebenen Umständen als grobfahrlässiges Verhalten der Verwaltungsräte gewertet werden, zumal sie auch keinerlei Versuche unternahmen, erneut in den Genuss einer Stundung mit Ratenzahlung zu gelangen. Stattdessen rechneten sie einzig damit, dass die Ausgleichskasse untätig bliebe. Damit haben sie widerrechtlich, grobfahrlässig und für den Schaden kausal gehandelt, beziehungsweise es unterlassen zu handeln.

4.3.2 Daran können auch die Argumente der Beschwerdeführer nichts ändern. Insbesondere ist aus den Akten nicht ersichtlich, dass eine begründete Aussicht auf Überwindung von vorübergehenden Liquidationsproblemen bestanden hätte. Gemäss den Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde bestand die einzige Aktivität der D. _____ AG in der Durchführung von "A. _____'s Zirkus E. _____". Dieser dauerte jeweils von Anfang Dezember bis knapp über den Jahreswechsel. Während elf Monaten im Jahr flossen damit keine Einnahmen. Damit wussten die Beschwerdeführenden im Januar 2000, dass ihre finanziellen Mittel nicht ausreichen würden, die Sozialversicherungsbeiträge für das Jahr 1999 zu begleichen. Nach Art. 38bis Abs. 1 aAHVV (neu Art. 34b Abs. 1 AHVV) muss bei Abschluss eines Zahlungsaufschubs die begründete Aussicht bestehen, dass die Abschlagszahlungen regelmässig erfolgen und die laufenden Beiträge fristgerecht entrichtet werden können. Damit konnten die Beschwerdeführer definitiv nicht damit rechnen, dass mit dem Tilgungsplan für die Beiträge 1998 - welcher sich bis zum 31. Juli 2001 erstreckte - auch stillschweigend ein Aufschub für diejenigen des Jahres 1999 verbunden war. Den Ausführungen in der

Verwaltungsgerichtsbeschwerde: "es ist nur logisch anzunehmen, dass für die neue Forderung für die Arbeitgeberbeiträge 1999 - wäre der Konkurs ausgeblieben - neue Ratenzahlungen ab August 2001 vereinbart worden wären", kann damit nicht gefolgt werden. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall. Zu bedenken gilt es dabei, dass bei Ablauf des Tilgungsplans für die Beiträge 1998 - wäre der Konkurs ausgeblieben - nicht nur die Beiträge für 1999, sondern bereits auch diejenigen für das Jahr 2000 längst fällig gewesen wären.

4.3.3 Angesichts der Vorgeschichte, die zum Zahlungsaufschub vom 8. Dezember 1999 geführt hatte, liegt die Annahme nahe, dass auch die Ausgleichskasse davon ausging, bei den finanziellen Schwierigkeiten der Gesellschaft handle es sich nur um vorübergehende Liquiditätsprobleme. Nur so ist der grosszügige Aufschub erklärbar. Allerdings kann es nicht Sache der Ausgleichskasse sein, die Zahlungsfähigkeit des beitragspflichtigen Arbeitgebers im Einzelnen zu prüfen (vgl. hierzu nicht veröffentlichtes Urteil C. vom 13. Dezember 2000, H 124/00 und H 125/00). Jedenfalls wiegt ein Mitverschulden der Ausgleichskasse nicht so schwer, dass sich die Beschwerdeführer zu exkulpieren vermöchten. Ein solches vermag lediglich eine Herabsetzung der Schadenersatzpflicht (vgl. Erwägung 5 hienach) zu begründen.

Schliesslich reicht es praxismässig auch nicht aus, dass einzelne der Beschwerdeführer private Mittel in die Firma eingeschossen haben. Daran können weder die Überlebenschancen der Aktiengesellschaft gemessen werden, noch kann sich der einzelne Verwaltungsrat dadurch von der Schadensverursachung exkulpieren.

5.

Das kantonale Gericht hat die Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG der Beschwerdeführer wegen Selbstverschuldens der Beschwerdegegnerin um 25 % herabgesetzt. Dies ist ohne weiteres begründet (BGE 122 V 185). Die Kasse hat den vorinstanzlichen Entscheid denn auch nicht angefochten. Mit ihrer lange dauernden Passivität hat die Ausgleichskasse gegen elementare

Vorschriften der Veranlagung und des Bezuges der Beiträge verstossen. Wie bereits ausgeführt, hätte es Art. 38bis Abs. 1 aAHVV geboten, dass trotz Tilgungsplan die laufenden Beiträge regelrecht entrichtet würden. Damit wäre die Kasse gehalten gewesen, die Termine zur Einreichung der Abrechnung für das Beitragsjahr 1999 genau zu überwachen und sofort zu mahnen, was bis nach der Konkureröffnung im September 2000 nicht geschehen ist. Eine straffe Überwachung wäre umso mehr geboten gewesen, als die Ausgleichskasse angesichts des kurzen Saisonbetriebs der Beitragsschuldnerin wusste, dass schon kurze Zeit nach Abschluss des Beitragsjahres keine Einnahmen mehr fliessen und die Chancen für eine termingerechte Beitragsentrichtung damit illusorisch würden. Aufgrund der groben und für die Entstehung, beziehungsweise Verschlimmerung des Schadens adäquaten Pflichtverletzung der Ausgleichskasse rechtfertigt sich ein Mitverschuldensabzug von 50 %.

6.

Anhand der Akten ist nicht feststellbar, inwieweit in den unbezahlt gebliebenen Raten für Juli und August 2000 im Betrag von zusammen Fr. 4'045.70 auch Beiträge für die Familienausgleichskasse enthalten sind. Die Reduktion der Schadenersatzforderung lässt sich daher nicht berechnen (vgl. Erwägung 1.1), weshalb die Sache an die Ausgleichskasse zurückzuweisen ist, damit diese den genauen Betrag, für welchen die Beschwerdeführer einzustehen haben, ermittle und neu darüber verfüge.

7.

Das Verfahren ist kostenpflichtig, da es nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen, sondern um eine Beitragsstreitigkeit geht (Art. 134 OG e contrario). Entsprechend dem Ausgang des Prozesses sind die Gerichtskosten zwischen den Parteien je hälftig zu teilen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG) und den Beschwerdeführern ist eine halbe Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 6. Dezember 2002 und die Schadenersatzverfügungen vom 26. Juli 2001 aufgehoben werden und die Sache an die Ausgleichskasse des Kantons Zürich zurückgewiesen wird, damit diese im Sinne der Erwägungen über die Schadenersatzpflicht neu verfüge. Im Übrigen wird die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'500.- werden je zur Hälfte den Beschwerdeführern und der Ausgleichskasse des Kantons Zürich auferlegt und mit den geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Die Differenzbeträge von je Fr. 1'250.- werden den Beschwerdeführern zurückerstattet.

3.

Die Ausgleichskasse des Kantons Zürich hat den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung von Fr. 1'250.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4.

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

5.

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

Luzern, 27. Januar 2004

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Die Präsidentin der III. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: