Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 112/03

Urteil vom 2. November 2004
III. Kammer

Besetzung
Bundesrichter Rüedi, Lustenberger und Kernen; Gerichtsschreiberin Helfenstein Franke

Parteien
S._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Walter König, Dufourstrasse 22, 8024 Zürich,

gegen

Ausgleichskasse des Kantons Graubünden, Ottostrasse 24, 7000 Chur, Beschwerdegegnerin,

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, Chur

(Entscheid vom 24. Januar 2003)

Sachverhalt:
A.
Die A._____ AG ging im Januar 1997 aus der 1976 gegründeten B._____ AG hervor und war seither der Ausgleichskasse des Kantons Graubünden (nachfolgend: Ausgleichskasse) als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen. Neben F._____ als Präsident des Verwaltungsrates war S._____ vom 26. März 2001 bis 5. März 2002 als Verwaltungsratsmitglied im Handelsregister eingetragen, wobei beide über Kollektivunterschrift zu zweien verfügten.
Auf Grund mehrerer Verlustscheine vom 1. und 3. Oktober 2001 sowie 5. Juli 2002 verpflichtete die Ausgleichskasse S._____ und F._____ mit Verfügungen vom 8. August 2002 zur Bezahlung von Schadenersatz gemäss Art. 52 AHVG für entgangene Sozialversicherungsbeiträge (einschliesslich FAK-Beiträge, Verwaltungskostenbeiträge, Verzugszinsen, Mahngebühren und Betreibungskosten) im Betrag von Fr. 178'504.30.
B.
Die auf Einspruch von S._____ hin von der Ausgleichskasse gegen diesen erhobene Schadenersatzklage im verfügten Umfang hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden mit Entscheid vom 24. Januar 2003 gut.
C.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt S._____ beantragen, es sei unter Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides Vormerk davon zu nehmen, dass er die Klage im Umfange von Fr. 65'917.90 - unter Abtretung eines allfälligen Pfändungsergebnisses aus der Pfändung der A._____ AG - anerkenne; im Mehrbetrag sei die Schadenersatzklage abzuweisen.
Während die Ausgleichskasse auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliesst, verzichtet das Bundesamt für Sozialversicherung auf eine Vernehmlassung. Der als Mitinteressierter beigeladene F._____ hat sich nicht vernehmen lassen.
Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann nur so weit eingetreten werden, als Sozialversicherungsbeiträge kraft Bundesrechts streitig sind. Im vorliegenden Verfahren ist daher nicht zu prüfen, wie es sich bezüglich der Beitragsschuld gegenüber der Ausgleichskasse für kantonale Familienzulagen verhält (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.
2.1 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 die subsidiäre Haftung der Organe eines Arbeitgebers (BGE 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) sowie den adäquaten Kausalzusammenhang (BGE 125 V 461 Erw. 5a) zutreffend wiedergegeben. Darauf kann verwiesen werden.
2.2 Zu ergänzen ist einerseits, dass der Schaden als eingetreten gilt, sobald anzunehmen ist, dass die geschuldeten Beiträge aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr erhoben werden können (BGE 121 III 384 Erw. 3bb, 388 Erw. 3.2, 113 V 257 f., je mit Hinweisen). Dies trifft dann zu, wenn die Beiträge im Sinne von Art. 16 Abs. 1 AHVG verwirkt sind (vgl. z.B. BGE 112 V 156, 98 V 26) oder wenn ihre Entrichtung wegen Zahlungsunfähigkeit des beitragspflichtigen Arbeitgebers nicht mehr möglich ist (vgl. z.B. BGE 121 V 234, 240). Im letzteren Fall gilt der Schadenseintritt als erfolgt, sobald die Beiträge wegen der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht mehr im ordentlichen Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG erhoben werden können (BGE 123 V 16 Erw. 5b, 170 Erw. 2a, 121 III 384 Erw. 3bb, 113 V 256, 112 V 157 Erw. 2).
2.3 Im Weiteren ist anzuführen, dass das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 nicht anwendbar ist, da in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 130 V 1, 129 V 4 Erw. 1.2, je mit Hinweisen).
3.
3.1 Der Beschwerdeführer anerkennt seine Mithaftung für unbezahlt gebliebene Beiträge auf Löhnen, die nach seinem Eintritt in den Verwaltungsrat der Gesellschaft ausbezahlt wurden; die entsprechende von ihm anerkannte Schadenssumme beziffert er auf Fr. 65'917.90. Hingegen bestreitet er ein Verschulden bezüglich des nach seiner Rechnung gegenüber der eingeklagten Forderung verbleibenden Restbetrages von Fr. 112'586.40 an unbezahlt gebliebenen Beiträgen, die bei seinem Eintritt in den Verwaltungsrat bereits fällig waren.
3.2 Wie die Vorinstanz verbindlich festgestellt hat (vgl. Erw. 1.2 hievor) und der Beschwerdeführer anerkennt, hat die Gesellschaft Beiträge der Jahre 1999 bis 2001 zuzüglich Verwaltungskosten, Mahngebühren, Betreibungskosten sowie Verzugszinsen in der Höhe von Fr. 178'504.30 nicht mehr entrichtet. Sie musste für sämtliche Pauschalen ab August 1999 gemahnt und betrieben werden; ab dem Jahr 2000 erfolgten mehrere Pfändungen. Damit verstiess die Gesellschaft gegen die - wie erwähnt in masslicher Hinsicht nicht mehr bestrittene - Beitragszahlungspflicht und missachtete Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG. Es ist deshalb zu prüfen, inwieweit dieses Verschulden der Arbeitgeberin dem Beschwerdeführer als grobfahrlässiges Verhalten, das die Schadenersatzpflicht nach sich zieht, anzurechnen ist.
3.3 Der Beschwerdeführer macht keine konkreten Exkulpations- und Rechtfertigungsgründe geltend, sondern wiederholt unter Berufung auf verschiedene Autoren seine bereits im vorinstanzlichen Verfahren geäusserte grundsätzliche Kritik an der Rechtsprechung zur subsidiären Organhaftung. Er bringt im Wesentlichen vor, die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zu Art. 52 AHVG, insbesondere ein Verschulden hinsichtlich solcher ausstehenden Beiträge, die im Zeitpunkt des Eintritts eines Organs in die Gesellschaft bereits verfallen seien - nach seiner Auffassung ein automatisches Eintreten in die Verantwortung für Altlasten -,

sei durch den Wortlauf des Gesetzes in keiner Weise gedeckt und stehe nicht im Einklang mit dem übrigen Verantwortlichkeitsrecht. Grobfahrlässigkeit sei nur anzunehmen, wenn die verantwortliche Person elementarste Vorsichtsgebote verletzt habe. Zudem berücksichtige diese Rechtsprechung weder die seit 1992 eingetretenen Veränderungen im Aktienrecht noch im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht mit der Wiedereinführung des Konkursprivilegs.

3.4 Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat bereits im Urteil H. vom 29. April 2002, H 209/01, dargelegt, dass auch im Lichte des revidierten Aktienrechts (BG vom 4. Oktober 1991, in Kraft seit 1. Juli 1992; AS 1992 733, 786) kein Anlass zu einer grundsätzlichen Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung bestehe. Soweit die Rechte und Pflichten des Verwaltungsrats neu umschrieben (Art. 716a und 717 OR) und die Haftungsbestimmungen anders gefasst worden seien (Art. 754 und 759 OR), sei dies im Rahmen von Art. 52 AHVG zu berücksichtigen. Es wurde mit Verweis auf BGE 114 V 219 erneut festgestellt, dass es sich bei der Haftung nach Art. 52 AHVG nicht um eine Kausalhaftung handelt und die Schadenersatzpflicht der Organe ein qualifiziertes Verschulden voraussetzt. Dementsprechend sei die Nichtabrechnung oder Nichtbezahlung der Beiträge für sich allein nicht haftungsbegründend; vielmehr bedürfe es zusätzlich zur Widerrechtlichkeit (Missachtung von Art. 14 Abs. 1 AHVG) eines Verschuldens in Form von Absicht oder grober Fahrlässigkeit.

Sodann wurde in BGE 129 V 11 nicht nur auf den Grundsatzentscheid BGE 114 V 219 verwiesen, in welchem zur Kritik an der Rechtsprechung zur Arbeitgeber-Organhaftung ausführlich Stellung bezogen wurde. Im Rahmen eines Ausblicks auf Bestrebungen der Gesetzgebung wurde unter Hinweis auf die bundesrätliche Botschaft zur 11. AHV-Revision und die Materialien zum mittlerweile in Kraft getretenen ATSG auch eingehend erörtert, dass Bundesrat und Gesetzgeber - in Kenntnis und Bestätigung der langjährigen Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts - weiterhin am geltenden System der Arbeitgeber-Organhaftung im Rahmen von Art. 52 AHVG festhalten wollten und folglich kein Anlass bestehe, von der konstanten Rechtsprechung, welche die Vorinstanz zutreffend wiedergegeben hat, abzuweichen (vgl. auch Urteil Y. und X. vom 14. April 2003, H 167/00).

Ebenso wenig ist ersichtlich, wie die Wiedereinführung des Konkursprivilegs der Ausgleichskassen (nach vorübergehender Einbüssung ab 1. Januar 1997, 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) eine Änderung der Rechtsprechung begründen sollte. Dass, wie der Beschwerdeführer ausführt, gemäss BBl 1999 S. 9128 von der nationalrätlichen Kommission festgestellt wurde, die mit der Aufhebung des Konkursprivilegs wachsenden Verluste führten direkt zu mehr Arbeitgeberhaftungsverfahren, bringt gerade zum Ausdruck, dass die subsidiäre Organhaftung zum Einzug der Beiträge nach wie vor nötig ist.

3.5 Es besteht deshalb kein Grund, an der wie dargelegt bestätigten Rechtsprechung nicht festzuhalten und einen neuen Massstab zur Beurteilung der groben Fahrlässigkeit, der von der in allen anderen Zweigen des Sozialversicherungsrechts geltenden Begriffsumschreibung abweichen würde, anzuwenden. Dies gilt entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers auch für die Beurteilung des Verschuldens bezüglich unbezahlt gebliebener Beiträge, die im Zeitpunkt des Eintritts des Organs in den Verwaltungsrat bereits fällig waren. Seine diesbezüglichen Einwände sind nicht stichhaltig:

3.5.1 So kann nicht mit dem Beschwerdeführer gesagt werden, die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts laufe darauf hinaus, dass der blosse Eintritt in einen Verwaltungsrat einer AG mit offenen AHV-Verpflichtungen grobfahrlässig und damit haftungsbegründend sei. Der Eintritt in die Gesellschaft allein vermag eine Grobfahrlässigkeit im Sinne der Rechtsprechung nicht zu begründen. Vielmehr ergibt sich eine solche aus dem weiteren Verhalten des Organs, auch bezüglich der bestehenden Ausstände. Wenn sich die verantwortliche Person ab Übernahme ihres neuen Mandats in keiner Weise um die Bezahlung bereits bestehender Forderungen kümmert, wozu sie entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers durchaus die Möglichkeit hat, und keinerlei Massnahmen zur Schuldensanierung trifft, sondern vielmehr neue Schulden anhäuft, kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass sie alles tut, was von einem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen verlangt werden darf (BGE 108 V 187 Erw. 1b). Genau dies war vorliegend der Fall. Der Beschwerdeführer hat wie auch die Gesellschaft keinerlei Schritte unternommen, auch nur einen Teil der Schulden abzubauen, beispielsweise durch Vereinbarung eines Abzahlungsvertrages
mit der Ausgleichskasse; auch macht er weiterhin nicht geltend, welche Sanierungsmassnahmen er ergriffen hätte, die mindestens einen vorübergehenden Beitragsausstand gerechtfertigt hätten (BGE 108 V 188 Erw. 2, bestätigt in BGE 121 V 243). Neu in einer Gesellschaft ein Mandat zu übernehmen und dort bestehende hohe Schulden, wie hier Beitragsausstände von über Fr. 100'000.-, einfach stehen zu lassen mit dem Argument, ein

anderer sei dafür verantwortlich, entspricht weder einer sorgfältigen Mandatsausübung noch kann eine solche Haltung ohne ergriffene Sanierungsmassnahmen zur finanziellen Gesundung eines Unternehmens beitragen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, wie der Beschwerdeführer mit diesem Standpunkt - und ohne irgendwelche konkreten Sanierungsbemühungen zu belegen oder auch nur zu behaupten - nach seinen Worten "in guten Treuen annehmen durfte, mit seinem unternehmerischen und kaufmännischen Know-how und den von ihm zur Verfügung gestellten finanziellen Mitteln zusammen mit dem Geschäftsführer den Turnaround zu schaffen, die Arbeitsplätze zu erhalten, alte und neue Verbindlichkeiten abzubauen und die Gesellschaft zu einem rentablen Unternehmen zu machen"; dies abgesehen davon, dass er gleichzeitig anführt, die schon damals
gegen die Gesellschaft laufenden Betreibungen belegten, dass eine Begleichung der ausstehenden Beiträge zur sofortigen Illiquidität der Gesellschaft, zum Verlust der Arbeitsplätze und zu erheblichen ungedeckten Erstklassforderungen im unausweichlichen Konkurs geführt hätte. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers handelt es sich bei der mindestens teilweisen Begleichung ausstehender Forderungen nicht um etwas "wirtschaftlich Unvernünftiges", abgesehen davon, dass die Beitragsforderungen ex lege im Zeitpunkt der Lohnzahlung entstehen (BGE 110 V 2 Erw. 3a). Würde der Argumentation des Beschwerdeführers gefolgt, wären neu in eine Gesellschaft eintretende Organe - wie die Beschwerdegegnerin in ihrer Vernehmlassung zu Recht vorbringt - gerade dazu aufgefordert, vorher entstandene Schulden nicht zu begleichen. Wie dann eine schon mit finanziellen Problemen kämpfende Gesellschaft saniert werden soll, ist nicht nachvollziehbar.
3.5.2 Soweit der Beschwerdeführer zudem geltend macht, er sei nicht der geschäftsführende Verwaltungsrat gewesen, und die Erfüllung der Verpflichtungen gegenüber der AHV sei vom Verwaltungsrat an den Präsidenten und Delegierten F._____ delegiert worden, so verkennt er seine Pflichten als Organ. Der nicht geschäftsführende Verwaltungsrat handelt schuldhaft, wenn er der ihm als formellem Organ zukommenden unübertragbaren und unentziehbaren Pflicht zur Oberaufsicht der Geschäftsführung, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, nicht nachkommt, also gegenüber dem geschäftsführenden Verwaltungsrat nicht die nach den Umständen gebotene, auch auf das Beitragswesen sich erstreckende Aufsicht ausübt, wobei bei einem aus wenigen Personen bestehenden Verwaltungsrat ein strenger Massstab gilt (vgl. SVR 2001 AHV Nr. 15 S. 51, Urteile Z. vom 11. Mai 2004, H 296/03, und V. vom 15. September 2000, H 45/00, mit Hinweisen). So stellt im Übrigen auch der Umstand, dass einem Verwaltungsrat nicht die Kompetenz zur Auslösung von Zahlungen zukommt, kein entlastendes Moment dar (Urteil S. vom 5. Oktober 2000, H 210/99).
3.5.3 Schliesslich kann der Beschwerdeführer auch nichts aus dem von ihm zitierten Urteil A. vom 13. Februar 2001, H 404/99, ableiten. Der dortige Sachverhalt ist nicht mit dem vorliegenden vergleichbar. Während in jenem Urteil bei einer kurzen Dauer des Beitragsausstandes von zwei Monaten der Beschwerdeführer ausnahmsweise von einer Haftung befreit wurde, nachdem die Ausgleichskasse die Gesellschaft nicht einmal betreiben musste, geht es hier um jahrelange Ausstände mit unzähligen Betreibungs- und sogar Pfändungsverfahren.
3.6 Weitere Einwände macht der Beschwerdeführer nicht geltend. Das kantonale Gericht ist deshalb zu Recht davon ausgegangen, der Beschwerdeführer sei seinen Sorgfaltspflichten als Verwaltungsrat bezüglich der Einhaltung öffentlich-rechtlicher Aufgaben, in casu der Beitragszahlungspflicht, nicht nachgekommen, und hat auf Grund dieses pflichtwidrigen und somit widerrechtlichen Verhaltens ein haftungsbegründendes qualifiziertes Verschulden, wie es Art. 52 AHVG für die Schadenersatzverpflichtung verlangt, angenommen.
3.7 Zusammengefasst ergibt sich damit, dass der angefochtene Entscheid rechtens ist.
4.
Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend gehen die Kosten zu Lasten des Beschwerdeführers (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. 5'000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, dem Bundesamt für Sozialversicherung und F._____ zugestellt.
Luzern, 2. November 2004

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Vorsitzende der III. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: