Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 295/02

Urteil vom 2. Dezember 2003
III. Kammer

Besetzung
Präsident Borella, Bundesrichter Meyer und Lustenberger; Gerichtsschreiber Hochuli

Parteien
M._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Bruno Rieder, Bollwerk 15, 3001 Bern,

gegen

Ausgleichskasse Hotela, Rue de la Gare 18, 1820 Montreux, Beschwerdegegnerin

Vorinstanz
Kantonales Versicherungsgericht des Wallis, Sitten

(Entscheid vom 23. September 2002)

Sachverhalt:
A.
Der Nachlassrichter des Bezirksgerichts X._____ bewilligte am 11. Februar 2000 auf Gesuch der Firma Y._____ AG mit Sitz in Z._____ (nachfolgend: Arbeitgeberin) hin die provisorische Nachlassstundung, setzte S._____ als provisorischen Sachwalter ein und genehmigte mit Entscheid vom 21. November 2001 den zwischen der Firma Y._____ AG und den Gläubigern abgeschlossenen Nachlassvertrag. Mit Verfügung vom 9. November 2001 forderte die Ausgleichskasse Hotela (nachfolgend: Ausgleichskasse oder Beschwerdegegnerin) u.a. von M._____, Verwaltungsrat der Firma Y._____ AG, Schadenersatz für entgangene Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von Fr. 199'016.80. M._____ liess hiegegen Einspruch erheben.
B.
Auf Klage der Ausgleichskasse hin hob das Kantonale Versicherungsgericht des Wallis mit Entscheid vom 23. September 2002 die Schadenersatzverfügung vom 9. November 2001 auf und wies die Sache zur masslichen Neufestsetzung der Schadenersatzforderung gestützt auf die Schlussabrechnungen 1998 und 1999 sowie die vier Quartalsrechnungen 1999 gemäss Forderungseingabe vom 4. April 2001 an die Ausgleichskasse zurück.
C.
Dagegen beantragt M._____ mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde, der kantonale Gerichtsentscheid "sei aufzuheben und die Schadenersatzklage sei abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolge".
Während die Ausgleichskasse auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliesst, verzichtet das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
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 Das kantonale Gericht hat unter Hinweis auf Gesetz (Art. 52 AHVG) und Rechtsprechung (statt vieler auch: BGE 123 V 15 Erw. 5b mit Hinweisen) die Voraussetzungen (Organstellung, Schaden, Widerrechtlichkeit, qualifiziertes Verschulden, adäquater Kausalzusammenhang, Wahrung der Verwirkungsfristen gemäss Art. 81 und 82 AHVV) zutreffend dargelegt, unter welchen das Organ einer juristischen Person den der Ausgleichskasse in Missachtung der Vorschriften über die Beitragsabrechnung und -bezahlung (Art. 14 Abs. 1 AHVG; Art. 34 ff. AHVV [in der bis Ende Dezember 2000 gültigen Fassung]) entstandenen Schaden zu ersetzen hat. Darauf wird verwiesen.
2.2 Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass am 1. Januar 2003 das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 in Kraft getreten ist. 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 127 V 467 Erw. 1, 126 V 166 Erw. 4b), kommen im vorliegenden Fall jedoch die bis zum 31. Dezember 2002 geltenden Bestimmungen zur Anwendung.
3.
Fest steht und unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer 1996 in den Verwaltungsrat der Arbeitgeberin eintrat und ihm somit Organstellung zukam, dass die AHV-Schlussabrechnungen 1998 und 1999 sowie die vier AHV-Quartalsrechnungen des Jahres 1999 in Verletzung der massgebenden Gesetzesvorschriften nicht bezahlt wurden und insoweit die Widerrechtlichkeit zu bejahen ist und dass der Ausgleichskasse daraus in kausaler Weise ein Schaden entstanden ist. Strittig ist jedoch, ob - und gegebenenfalls in welchem Umfang - die von der Ausgleichskasse geltend gemachte Schadenersatzforderung verwirkt ist, sowie ob - und gegebenenfalls in welchem Ausmass - der Beschwerdeführer die Nichtbezahlung der AHV-Beitragsforderungen ohne Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe zu verantworten hat.
4.
4.1 Der Beschwerdeführer macht unter Berufung auf BGE 128 V 15 (= AHI 2002 S. 140) geltend, es sei von der fristauslösenden Kenntnis des Schadens im Zeitpunkt der Gewährung der Nachlassstundung gemäss Entscheid des Nachlassrichters vom 23. Mai 2000 auszugehen, weshalb die Verwirkungsfrist im Sinne von Art. 82 Abs. 1 AHVV bei Erlass der Schadenersatzverfügung vom 9. November 2001 bereits abgelaufen gewesen sei.
4.2 In Präzisierung der Rechtsprechung AHI 1995 S. 159 entschied das Eidgenössische Versicherungsgericht in BGE 128 V 15, von der Ausgleichskasse müsse beim Widerruf einer Nachlassstundung - wie im Falle der Ablehnung eines Nachlassvertrags - verlangt werden, dass sie sich über die Gründe dieses Widerrufs informiere und gegebenenfalls die nötigen Vorkehren zur Wahrung der einjährigen Verwirkungsfrist treffe. Hinsichtlich der Abfolge der Verfahrensschritte mit dem BGE 128 V 15 zu Grunde liegenden Sachverhalt vergleichbar wurde auch hier die Nachlassstundung vorerst provisorisch (Entscheid des Bezirksgerichts X._____ vom 11. Februar 2000) und sodann definitiv (mit Entscheid des Bezirksgerichts X._____ vom 23. Mai 2000) bewilligt. In der Folge kam es im Gegensatz zu dem vom Beschwerdeführer angerufenen Präjudiz (BGE 128 V 15) nicht zum Widerruf der Nachlassstundung, sondern zur Gläubigerversammlung, welche am 19. Dezember 2000 beschloss, eine Nachlassdividende von 6 % auszurichten. Obwohl das Nachlassgericht erst im anschliessenden Bestätigungsverfahren den von den Gläubigern mehrheitlich angenommenen Nachlassvertrag überprüft und ihn durch Entscheid für alle Gläubiger verbindlich erklärt oder verwirft (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 54 N 69 S. 458), musste die Ausgleichskasse bereits gestützt auf die ihr zugestellte Einladung vom 17. November 2000 zu der am 19. Dezember 2000 stattfindenden Gläubigerversammlung und insbesondere aus dem der Einladung beiliegenden Entwurf eines Nachlassvertrages zur Kenntnis nehmen, dass mit der Auszahlung einer Nachlassdividende von 6 % zu rechnen sei, weshalb der Ausgleichskasse aus diesem Dividendenvergleich zumindest ein Teilschaden entstehen werde. Frühestens mit dem Empfang der direkt an die Ausgleichskasse zugestellten Einladung zur Gläubigerversammlung ist demnach von der zumutbaren Kenntnis des Schadens (vgl. BGE 121 V 241 Erw. 3c/aa mit Hinweisen) in Form der schon ausreichenden Kenntnis eines Teilschadens (BGE 121 V 243 Erw. 3c/bb) aus-

zugehen, in welchem die einjährige Verwirkungsfrist gemäss Art. 82 Abs. 1 AHVV zu laufen beginnt. Die Einladung datiert vom 17. November 2000. Die Ausgleichskasse hat folglich mit Erlass und gleichzeitigem Versand (BGE 119 V 89) der Schadenersatzverfügung vom 9. November 2001 die einjährige Verwirkungsfrist gemäss Art. 82 Abs. 1 AHVV gewahrt. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob der Zeitpunkt der Kenntnis des Schadens
nach Bewilligung der Nachlassstundung in Anlehnung an BGE 128 V 15 (zumutbare Kenntnis des Schadens nach Widerruf der Nachlassstundung oder Ablehnung des Nachlassvertrags [AHI 1995 S. 159]) nicht erst am Ende des Bestätigungsverfahrens (Genehmigungs- oder Verwerfungsentscheid des Nachlassrichters) anzunehmen ist, weil sowohl der Widerruf der Nachlassstundung als auch der rechtskräftige Bestätigungs- oder Verwerfungsentscheid insoweit vergleichbare schuldbetreibungsrechtliche Wirkungen zeitigen, als alle diese Entscheide öffentlich bekannt zu machen sind (Art. 308 Abs. 1 SchKG), zum Dahinfallen der Stundungswirkungen führen (Art. 308 Abs. 2 SchKG) und - abgesehen vom Bestätigungsentscheid - einen vorübergehenden materiellen Konkursgrund bilden (Art. 309 SchKG; Amonn/Walther, a.a.O., § 54 N 80 ff. S. 460 f.; Hunkeler, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Diss. Fribourg 1996, S. 224 N 851 und S. 268 N 1031 ff.).
5.
5.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die ersten AHV-Beitragsrechnungen, welche die von ihm mitverwaltete Arbeitgeberin überhaupt schuldig blieb, seien die Rechnungen für das 1. Quartal 1999 und die Schlussrechnung für das Jahr 1998 gewesen. Auf Grund des von externen Fachleuten ausgearbeiteten, vom Verwaltungsrat genehmigten und auch von Seiten der Kredit gebenden Banken unterstützten Sanierungskonzeptes habe man im Frühjahr 1999 - als die erwähnten Beitragsrechnungen zur Zahlung anstanden - davon ausgehen dürfen, dass der damals bestehende Liquiditätsengpass bald überwunden sein würde, sodass die zurückbehaltenen AHV-Beiträge hätten bezahlt werden können.
5.2
5.2.1 Indessen ist die Ausgangslage im Frühjahr 1999 mit dem in BGE 108 V 183 beurteilten Fall, in welchem das Eidgenössische Versicherungsgericht die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Berufung auf Entschuldigungs- oder Rechtfertigungsgründe in prinzipieller Weise umschrieb, nicht vergleichbar. Nach den eigenen Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird in der Plan-Erfolgsrechnung 1998 bis 2001 im Geschäftsjahr 1997/98 noch ein Nettoverlust von 360'000 Franken ausgewiesen, im Geschäftsjahr 1999 wird nur noch mit einem Nettoverlust von 70'000 Franken (jedoch bei einem positiven Cashflow von 340'000 Franken) und im Geschäftsjahr 2001 schon mit einem Nettogewinn von 47'000 Franken (bei einem positiven Cashflow von 455'570 Franken) gerechnet. Von der Frage, ob diese Richtzahlen realistisch gewesen waren, einmal abgesehen, ist festzuhalten, dass - selbst bei einem Geschäftsgang im Rahmen der prognostizierten Werte - es mehrere Jahre gedauert hätte, bis die Arbeitgeberin wieder in der Lage gewesen wäre, die im Frühjahr 1999 aufgelaufenen Beiträge nachzubezahlen. Dazu kam die Verpflichtung zur Zahlung der laufenden Beiträge, zumal der Betrieb eines Hotels gerichtsnotorisch personalintensiv ist, selbst wenn vom neuen
Direktionsehepaar eine Senkung der Personalkosten angestrebt und auch teilweise erreicht wurde. Bei einem solchen längere Zeit andauernden defizitären Geschäftsgang kann nicht von einem im Sinne der Rechtsprechung vorübergehenden Liquiditätsengpass (BGE 121 V 244 Erw. 4b, 108 V 186 f. Erw. 1b) gesprochen werden.
5.2.2 Entgegen der Argumentation des Beschwerdeführers, wonach die Verantwortlichen der Arbeitgeberin gestützt auf die betrieblichen Beurteilungsgrundlagen "annehmen durften", die Verbindlichkeiten gegenüber der Ausgleichskasse aus der 1. Quartalsrechnung 1999 und der Schlussabrechnung 1998 "innert nützlicher Frist bezahlen zu können", zeigt die Geschäftsentwicklung seit der kapitalintensiven Investition von mehr als 9 Millionen Franken in die Renovation und den Umbau des Hotels mehr oder weniger kontinuierlich einen ungünstigen Verlauf. So waren die negativen Betriebsergebnisse von Anfang an ein immer wiederkehrendes Thema an den Verwaltungsratssitzungen (vgl. die Protokolle zu den Sitzungen vom 4. Oktober 1996, 20. Dezember 1996, 22. August 1997, 18. Juli 1998, 30. April 1999 und 13. August 1999). Die in den Abschlüssen der Erfolgsrechnungen ausgewiesenen Betriebsverluste erhöhten sich von Fr. 112'533.35 per 31. Mai 1996 auf Fr. 399'435.70 per 31. Mai 1997, hielten sich per 31. Mai 1998 auf diesem Niveau, um sodann gemäss den in den Zwischenabschlüssen per 31. März und 31. Juli 1999 verzeichneten Verlustvorträgen von knapp 600'000 auf annähernd 1,4 Millionen Franken anzusteigen. Von 1996 bis 1998 nahm die Überbewertung des
Anlagevermögens konstant zu, während der effektive Eigenfinanzierungsgrad nur dank stark reduzierten Abschreibungen und über die Auflösung von allgemeinen Reserven über den nach Art. 725 OR relevanten Grenz-

werten gehalten werden konnte (vgl. Sanierungskonzept der T._____ AG von 1998 [nachfolgend: Sanierungskonzept]S. 3 f.). Trotz diesen analytischen Erkenntnissen und ohne sich auf entsprechende Vereinbarungen mit der Bank Q._____ abstützen zu können, gingen die Berater des Beschwerdeführers (Sanierungskonzept S. 7) von der offensichtlich unrealistischen Hoffnung aus, die Bank Q._____ würde als wichtigste Gläubigerbank auf zwei Millionen Franken ihrer Hypothekarforderungen gegen die Arbeitgeberin verzichten. Wie voraussehbar war, liess sich denn in der Folge die Bank Q._____ auch nicht zu einem solchen Forderungsverzicht bewegen. Vor diesem Hintergrund ist die Einstellung der Bezahlung von Beitragsforderungen ab März 1999 als Normverstoss von einer gewissen Schwere und damit als grobe Fahrlässigkeit im Sinne von Art. 52 AHVG zu werten (BGE 121 V 244 Erw. 4b mit Hinweisen, SVR 2003 AHV Nr. 1 S. 2 Erw. 3b).

5.2.3 War somit die Zurückbehaltung der Beiträge im Frühjahr 1999 nicht gerechtfertigt, verfängt auch das weitere Argument nicht, als Hauptkreditgeberin habe die Bank Q._____ ab Sommer 1999 Rechnungen von Fr. 500.– übersteigender Höhe trotz Zahlungsanweisungen seitens der Arbeitgeberin nicht mehr ausgeführt, sondern versucht, ihren eigenen Schaden klein zu halten. Weil die Zurückbehaltung der Beiträge im Frühjahr 1999 bei den gegebenen und prognostizierten Verhältnissen nicht vorübergehender Natur sein konnte, scheidet die Berufung auf Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe aus und es greift der Grundsatz Platz, dass in Zeiten defizitären Geschäftsganges die Firmenverantwortlichen nur so viel Löhne zur Auszahlung gelangen lassen dürfen, wie die darauf ex lege geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge gedeckt sind (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 Erw. 5). Daran vermögen sämtliche weiteren Vorbringen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nichts zu ändern.

6.

Begründet ist hingegen die Rüge betreffend den Einbezug des Saldos aus der Schlussabrechnung 1999 in die vorinstanzlich zugesprochene Schadenersatzsumme. Es steht ausweislich der Akten fest, dass die Schlussrechnung 1999 der Arbeitgeberin erst am 27. Oktober 2000 zuging, als der Beschwerdeführer im Rahmen der am 11. Februar 2000 bewilligten Nachlassstundung unter der Aufsicht des eingesetzten Sachwalters (vgl. Art. 298 SchKG) nicht mehr unbeschränkte Verfügungsbefugnis über die Firma hatte. Demgegenüber weist die Ausgleichskasse in der Vernehmlassung darauf hin, dass die Arbeitgeberin 1999 ungenügende Pauschalzahlungen leistete, indem die definitive Beitragsschuld gemäss Schlussabrechnung die Summe der vier Quartalspauschalen um 115 % überstieg. Nach der Rechtsprechung kann indes ein Verwaltungsrat für die sich aus zu geringen Pauschalzahlungen im Vergleich zur Schlussabrechnung ergebende Nachzahlungsdifferenz nur dann haftbar gemacht werden, wenn die Arbeitgeberin bewusst zu tiefe Akontozahlungen leistete, um der Beitragspflicht zu entgehen (SVR 2003 AHV Nr. 1 Erw. 5 S. 3, 1999 AHV Nr. 13 Erw. 2a S. 38). Dafür finden sich indes nach Lage der Akten und auch gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen keine Anhaltspunkte, weshalb der Beschwerdeführer dafür - wie auch für die anderen schon von der Vorinstanz angenommenen erst nach dem 11. Februar 2000 fällig gewordenen Beiträge - nicht haftbar erklärt werden kann. Die Beschwerdegegnerin, an welche die Vorinstanz die Sache zu Recht unter Aufhebung der Verwaltungsverfügung vom 9. November 2001 zur masslichen Bestimmung des geschuldeten Schadenersatzes und anschliessenden Neuverfügung zurückgewiesen hat, wird demnach bei der Neuberechnung nur die Schlussabrechnung 1998 sowie die vier Quartalsrechnungen aus dem Jahre 1999 gemäss Forderungseingabe vom 4. April 2001 einschliesslich die darauf entfallenden Anteile für Verwaltungs- und Betriebskosten sowie Verzugszinsen und Mahnspesen berücksichtigen.

7.

Das Verfahren ist kostenpflichtig, da es nicht die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen zum Gegenstand hat (Art. 134 OG e contrario). Bei diesem Ausgang des Prozesses sind die Gerichtskosten je zur Hälfte der Ausgleichskasse und dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 134 in Verbindung mit Art. 156 Abs. 3 OG). Die teilweise unterliegende Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung entsprechend dem Ausmass seines Obsiegens auszurichten (Art. 159 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 135 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

In teilweiser Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der Entscheid des Kantonalen Versicherungsgerichts des Wallis vom 23. September 2002 insoweit aufgehoben, als er den Beschwerdeführer für "die Saldobeiträge 1999, die am 31. Dezember 1999 fällig wurde(n) und bis zum 10. Januar 2000 hätte(n) bezahlt werden müssen", schadenersatzpflichtig erklärte. Im Übrigen wird die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abge-

wiesen.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 6'000.– werden je zur Hälfte dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin auferlegt. Unter Anrechnung des vom Beschwerdeführer geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 6'000.– wird ihm der Differenzbetrag von Fr. 3'000.– zurückerstattet.
3.
Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 1'250.– (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4.
Das Kantonale Versicherungsgericht des Wallis 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 Kantonalen Versicherungsgericht des Wallis und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.
Luzern, 2. Dezember 2003

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der III. Kammer: Der Gerichtsschreiber: