Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 263/02

Urteil vom 6. Februar 2003
II. Kammer

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

Parteien
F._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher
Urs Schmid, Weissensteinstrasse 71, 4503 Solothurn,

gegen

Ausgleichskasse Grosshandel und Transithandel, Schönmattstrasse 4, 4153 Reinach BL, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Fürsprecherin Raymonde Zeller-Pauli, Marienstrasse 25, 3005 Bern

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

(Entscheid vom 7. August 2002)

Sachverhalt:
A.
F._____ und E._____ amteten als Verwaltungsratsmitglieder der L._____ AG, R._____ als Verwaltungsratspräsident und D._____ als Geschäftsführer. Am 16. Januar 2001 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet. Am 26. Juli 2001 gab die Ausgleichskasse Grosshandel und Transithandel (nachfolgend: Ausgleichskasse) im Konkursverfahren eine Forderung von Fr. 60'982.95 ein. Das Konkursverfahren wurde am 10. September 2001 mangels Aktiven eingestellt. Mit Schadenersatzverfügung vom 12. November 2001 verpflichtete die Ausgleichskasse F._____ zur Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von Fr. 59'549.- unter Anrechnung einer allfälligen Konkursdividende. Hiegegen erhob F._____ Einspruch.
B.
Die von der Ausgleichskasse gegen F._____ beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern erhobene Klage in gegenüber der Verfügung reduziertem Umfang von Fr. 43'456.20 hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 7. August 2002 gut.
C.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt F._____ beantragen, unter Aufhebung des angefochtenen Entscheides sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Während das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) auf eine Vernehmlassung verzichtet, schliesst die Ausgleichskasse auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 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).
1.2
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).
1.3 Die Vorinstanz hat die massgebenden Normen (Art. 52 AHVG, Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV) und die Rechtsprechung zu den Voraussetzungen der Arbeitgeberorganhaftung, insbesondere zum Begriff der Grobfahrlässigkeit (siehe auch BGE 112 V 159 Erw. 4; ZAK 1988 S. 599 Erw. 5a), zur subsidiären Haftbarkeit der Organe (BGE 123 V 15 Erw. 5b), zur Haftungsvoraussetzung des qualifizierten Verschuldens (BGE 108 V 186 Erw. 1b, 193 Erw. 2b) sowie zum dabei zu berücksichtigenden - differenzierten - Sorgfaltsmassstab (BGE 108 V 202 Erw. 3a; vgl. auch Thomas Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in: AJP 9/96, S. 1081) zutreffend wiedergegeben. Richtig sind auch die Erwägungen zum Eintritt des Schadens und zum Zeitpunkt der Kenntnis des Schadens (BGE 119 V 92 Erw. 3). 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, da nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (hier: 12. November 2001) eingetretene Rechts- und Sachverhaltsänderungen vom Sozialversicherungsgericht nicht berücksichtigt werden (BGE 127 V 467 Erw. 1, 121 V 366 Erw. 1b).
2.
Wie das kantonale Gericht verbindlich festgestellt hat (vgl. Erw. 1.1 hievor), blieben die von der konkursiten Gesellschaft ab Dezember 1999 geschuldeten paritätischen Sozialversicherungsbeiträge trotz Mahnungen und Betreibungen unbezahlt. Damit verstiess diese gegen die Beitragszahlungspflicht und missachtete Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG. Zu prüfen ist, ob dieses Verschulden der Arbeitgeberin dem Beschwerdeführer, einem Verwaltungsratsmitglied der Gesellschaft, als grobfahrlässiges Verhalten angerechnet werden oder ob dieser auf Grund der Umstände Exkulpations- oder Rechtfertigungsgründe geltend machen kann.
3.
3.1 Der Beschwerdeführer macht erneut unter Berufung auf die Zeugnisse des Dr. med. A._____, Spezialarzt FMH für Innere Medizin, vom 22. November 2001 und 26. März 2002 geltend, er sei spätestens ab 31. März 2000 faktisch nicht mehr in der Lage gewesen, sein Amt als Verwaltungsrat auszuüben. Die Vorinstanz hat dazu erwogen, eine reduzierte Arbeitsfähigkeit zufolge gesundheitlicher Probleme führe in dieser Situation nicht zur Entlastung, solange der Verwaltungsrat nicht konsequenterweise demissioniere. Indem der Beschwerdeführer auf den 21. September 2000 zurückgetreten sei, könne ihm nur Mitverantwortung für die bis zu diesem Zeitpunkt fälligen Beitragsausstände im Umfange des eingeklagten Betrages angelastet werden.
3.2 Nach ständiger Rechtsprechung zu Art. 52 AHVG (BGE 123 V 173 Erw. 3a, 112 V 4 Erw. 3c, AHI 1996 S. 293 Erw. 5) dauert die Verantwortlichkeit eines Verwaltungsrates in der Regel längstens bis zum Moment seines tatsächlichen Austritts aus dem Verwaltungsrat, also dem Zeitpunkt, in welchem er keinen massgeblichen Einfluss mehr auf den Geschäftsgang hat. Das hat selbst dann zu gelten, wenn die Löschung des Eintrages im Handelsregister unterlassen oder erst später vorgenommen wird (BGE 126 V 61 Erw. 4c). Ebenso ist der tatsächliche Austritt massgebend in Fällen, in denen das Organ - wie vorliegend - den Rücktritt selbst erst nach seinem effektiven Ausscheiden erklärt, und nicht etwa erst der Tag der Demissionserklärung; das gilt jedenfalls dann, wenn die Betroffenen bereits vor ihrer Demission keinen Einfluss mehr auf den Gang der Geschäfte und auch keine Entschädigung für ihre Verwaltungsratsstellung erhalten haben und dies auch dartun können.

In Bezug auf die geschuldeten Beiträge bedeutet das, dass das Organ für die zwischen seinem tatsächlichen

Eintritt und tatsächlichen Austritt aus der Arbeitgeberfirma fällig gewordenen sowie für die beim Eintritt bereits fällig gewesenen Beiträge haftet. Die Haftung erstreckt sich daher grundsätzlich nur auf unbezahlt gebliebene Sozialversicherungsbeiträge, die während der Zeitspanne zwischen dem tatsächlichen Eintritt und tatsächlichen Austritt aus der Arbeitgeberfirma, also der Dauer der tatsächlichen Einflussnahme auf die Geschäftsführung fällig werden und hätten entrichtet werden müssen (AHI 2002 S. 54). Werden nach dem Austritt aus der Firma oder nach der Konkurseröffnung nicht abgerechnete Lohnzahlungen festgestellt, welche diese Zeitspanne beschlagen, so besteht demnach auch noch eine Haftung des bereits ausgeschiedenen Organs (BGE 126 V 61 und 134, 123 V 172). Keine Haftung besteht für nach dem tatsächlichen Austritt fällig gewordene Beiträge, es sei denn, der Schaden gehe auf Handlungen des ehemaligen Organs zurück, welche sich erst nach dessen Ausscheiden ausgewirkt haben (unveröffentlichtes Urteil W. vom 26. April 1993, H 17/92).
3.3 Gemäss unbestrittenen ärztlichen Feststellungen erlitt der Beschwerdeführer am 31. März 2000 einen Herzinfarkt und war ab diesem Zeitpunkt zu 100 % arbeitsunfähig. Damit ist davon auszugehen, dass er ab 31. März 2000 den Geschäftsgang nicht mehr massgeblich beeinflussen konnte - etwas Anderes ist aus den Akten nicht ersichtlich, finden sich doch beispielsweise keine vom Beschwerdeführer unterzeichneten Lohnbescheinigungen oder entgegengenommenen Betreibungsurkunden in den Akten, und wird dies von der Ausgleichskasse auch nicht behauptet. Damit gilt der 31. März 2000 als Datum des faktischen Austritts des Beschwerdeführers aus dem Verwaltungsrat, und seine Haftung beschränkt sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz auf die bis zum 31. März 2000 fällig gewordenen Beiträge. Es kann ihm im übrigen im Rahmen der Schadenersatzpflicht gemäss Art. 52 AHVG auch nicht vorgehalten werden, dass er selbst seine Demission erst im September und nicht bereits früher erklärt hat, ist doch die verspätete Demissionserklärung allenfalls als Nachlässigkeit, aber jedenfalls nicht als grobfahrlässiges Verhalten zu werten.
4.
4.1 Damit stellt sich weiter die Frage, wie das Verschulden des Beschwerdeführers mit Blick auf seine zeitlich bis 31. März 2000 beschränkte Verantwortlichkeit, also die Frage, ob der Beschwerdeführer als verantwortliches Arbeitgeberorgan seinen Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Einhaltung der Beitragspflicht bis 31. März 2000 nachgekommen ist, zu beurteilen ist.
4.2 Die Vorinstanz hat verbindlich festgestellt (vgl. Erw. 1.1 und 2 hievor), dass die ab Dezember 1999 geschuldeten paritätischen Sozialversicherungsbeiträge unbezahlt geblieben sind. Wie sich aus den Akten ergibt, handelt es sich bei den in der Schadenersatzforderung enthaltenen Beiträgen, die bis Ende März 2000 fällig wurden, um die Pauschalbeiträge Dezember 1999 über Fr. 4'882.- (in Rechnung gestellt am 17. Dezember 1999, fällig am 10. Dezember 1999) und Februar 2000 über Fr. 4'765.-. Im Konto-Auszug ist keine Pauschalrechnung vom Januar aufgeführt. Eine entsprechende Rechnung findet sich auch nicht in den von der Ausgleichskasse eingereichten Rechnungen. Auf Grund der Akten ist deshalb davon auszugehen, dass keine Januar-Pauschale erhoben wurde; etwas anderes wird von der Ausgleichskasse auch nicht geltend gemacht. Die Pauschale für März 2000, in Rechnung gestellt am 20. März 2000, wurde erst am 10. April 2000 fällig, weshalb sie ausser Betracht fällt. Indes ebenfalls zu berücksichtigen ist die Schlussabrechnung 1999 über Fr. 16'498.40. Diese wurde zwar erst am 30. März 2000 in Rechnung gestellt und war gemäss Aufdruck bis 13. April 2000 zahlbar. Aber weder Abrechnungspflicht, Beitragsschuld noch Fälligkeit sind von der
Zustellung einer Rechnung, einer Veranlagungs- oder Nachzahlungsverfügung seitens der Ausgleichskasse abhängig; die Beitragsforderungen entstehen vielmehr ex lege im Zeitpunkt der Lohnzahlung (Art. 14 und Art. 51 AHVG in der bis 31. Dezember 2000 gültig gewesenen und hier anwendbaren Fassung; BGE 110 V 2bs. 4 Erw. 3a) und werden mit dem Ablauf der Zahlungsperiode fällig (Art. 34 Abs. 4 AHVV in der bis 31. Dezember 2000 gültig gewesenen Fassung), weshalb die Jahresschlussrechnung am 10. Januar 2000, mithin vor dem Austritt des Beschwerdeführers, fällig wurde.
4.3 Damit bestand während der Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers nur ein kurzer Beitragsausstand von knapp drei Monaten. Nun genügt eine kurze Dauer des Beitragsausstandes allein nicht, ein Verschulden im Sinne von Art. 52 AHVG zu verneinen. Vielmehr hat die verschuldensmässige Wertung der Beitragspflichtverletzung in Würdigung der gesamten Umstände, die zum Zahlungsrückstand geführt haben, zu erfolgen, wobei das Verhalten des Beschwerdeführers und seine Funktion in der Gesellschaft wie auch die Zahlungs- und Abrechnungsmodalitäten zu berücksichtigen sind. In diesem Rahmen kann die Dauer des Ausstandes als - unter Umständen entscheidendes - Element gewürdigt werden (BGE 121 V 243). Vorliegend stehen im Zusammenhang mit der kurzen Dauer des Beitragsausstandes zwei Aspekte im Vordergrund:
4.3.1 Zunächst kann festgehalten werden, dass sich ein grosser Teil der bis zum effektiven Austritt des Be-

schwerdeführers aus dem Verwaltungsrat offenen Beiträge aus der Jahresschlussrechnung 1999 ergibt. Nun darf dem Arbeitgeber, welcher die geschuldeten Beiträge im Pauschalverfahren nach Art. 34 Abs. 3 AHVV (in der bis Ende 2000 gültig gewesenen und hier anwendbaren Fassung) entrichtet, nach der Rechtsprechung zu Art. 52 AHVG für die nicht der Beitragshöhe entsprechenden Akontozahlungen nicht von vornherein ein Vorwurf gemacht werden, entspricht es doch gerade diesem Pauschalverfahren, dass der Arbeitgeber je nach den Umständen vorübergehend zu geringe oder zu hohe Zahlungen leistet. Daher berechtigt die Differenz zwischen der Summe der geleisteten Akontozahlungen und den für das Kalenderjahr tatsächlich geschuldeten Beiträgen, so bedeutend sie auch sein mag, nicht zum Vorwurf an den Arbeitgeber, er habe schwerwiegend gegen seine Obliegenheiten verstossen, indem er während des laufenden Jahres die Höhe der Zahlungen nicht an die steigende Lohnsumme angepasst oder nicht für eine bei der Endabrechnung verfügbare Rückstellung gesorgt habe (in SVR 1999 AHV Nr. 13 S. 38 veröffentlichte Erw. 2 von BGE 124 V 253; AHI 1993 S. 163, ZAK
1992 S. 247 Erw. 3b). Der Arbeitgeber kann daher für die Differenz zwischen den geleisteten und den tatsächlich geschuldeten Beiträgen nicht haftbar gemacht werden, es sei denn, er leiste eindeutig zu niedrige Akontozahlungen mit dem Ziel, die Fälligkeit der Beitragsschuld möglichst hinauszuschieben, und im Wissen, dass er anlässlich der Schlussabrechnung möglicherweise nicht in der Lage sein werde, die Restschuld zu begleichen (ZAK 1992 S. 247 Erw. 3b); für solches bestehen indes vorliegend keine Anhaltspunkte.
4.3.2 Sodann ist der vorliegend kurze Beitragsausstand von Bedeutung: Im Rahmen der dem Verwaltungsrat obliegenden Oberaufsicht über die Geschäftsführung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR) war der Beschwerdeführer als Verwaltungsratsmitglied zwar gehalten, sich periodisch über den Geschäftsgang informieren zu lassen und geeignete Massnahmen zu treffen, wenn Anhaltspunkte für Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung bestanden (vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 30 N 49; Kammerer, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 1997, S. 186). Indes verhält es sich hier anders als im Falle eines einzigen Verwaltungsrats, der die alleinige Verantwortung für die Ausgestaltung des Rechnungswesens sowie der Finanzkontrolle innehat (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR, vgl. Urteil B. vom 28. Januar 2002, H 313/00) und von dem ein ständiger Überblick über die wesentlichen Belange der Gesellschaft in finanzieller Hinsicht wie auch die Ergreifung energischer Massnahmen bei Zahlungsrückständen erwartet werden kann. Der Beschwerdeführer war eines von drei Verwaltungsratsmitgliedern und nicht einziger Verwaltungsrat. Gerade in Bezug auf die kurze Dauer der bis zu seinem Austritt
bestehenden Beitragsausstände kann dem Beschwerdeführer deshalb nicht vorgeworfen werden, dass er bis zu seinem Austritt vom Geschäftsführer oder seinen Verwaltungsratskollegen keine Bestätigungen über die Bezahlung von Beiträgen einverlangte, sondern den Jahresabschluss abwartete, und entsprechend keine Massnahmen zur Bezahlung einleitete. Dazu bestand umso weniger Anlass, als gemäss Abrechnung der Ausgleichskasse vor der Dezember-Rechnung noch ein positiver Saldo gegenüber der Ausgleichskasse von Fr. 833.30 bestand.
4.4 Unter diesen Umständen kann nicht von einem im Sinne der obgenannten Ausführungen (vgl. Erw. 1.3 hievor) schweren Normverstoss gesprochen werden. Mithin fällt ein haftungsbegründendes qualifiziertes Verschulden, wie es Art. 52 AHVG für die Schadenersatzverpflichtung verlangt, im vorliegenden Fall ausser Betracht.
5.
Da es nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen geht, ist das Verfahren kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Dem Ausgang des Prozesses entsprechend sind die Gerichtskosten von Fr. 3'500.- der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.
In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, soweit darauf einzutreten ist, wird der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 7. August 2002 aufgehoben, und die Klage der Ausgleichskasse Grosshandel und Transithandel in diesem Umfang abgewiesen.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 3'500.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
3.
Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'500.- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.
4.

Die Ausgleichskasse Grosshandel und Transithandel hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern wird über eine Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses zu befinden haben.

6.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.

Luzern, 6. Februar 2003

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der II. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: