[AZA]
H 195/99 Hm

IV. Kammer

Bundesrichter Borella, Rüedi und Bundesrichterin Leuzinger;
Gerichtsschreiberin Hofer

Urteil vom 8. Mai 2000

in Sachen

1. L._____,
2. U._____,
3. K._____,

Beschwerdeführer, alle vertreten durch Rechtsanwalt
M._____,

gegen

Ausgleichskasse des Kantons Solothurn, Allmendweg 6, Zuchwil, Beschwerdegegnerin,
und

Versicherungsgericht des Kantons Solothurn, Solothurn

A.- L._____ und U._____ sowie K._____ bildeten den Verwaltungsrat der Firma B._____. Am 10. April 1997 wurde über die Aktiengesellschaft der Konkurs eröffnet, am 10. Juni 1997 mangels Aktiven jedoch wieder eingestellt. Mit separaten Verfügungen vom 31. März 1998 forderte die Ausgleichskasse des Kantons Solothurn von allen dreien unter solidarischer Haftung Schadenersatz in Höhe von Fr. 68'859.05 für nicht abgelieferte bundesrechtliche Sozialversicherungsbeiträge betreffend die Schlussabrechnungen 1995 (zuzüglich Mahngebühr, Betreibungskosten und Verzugszinsen) und 1996 sowie die Nachzahlungsverfügungen der Jahre 1994 bis 1996 vom 24. September 1997.

B.- Auf Einspruch der Belangten hin machte die Ausgleichskasse ihre Forderung klageweise geltend. Das Versicherungsgericht des Kantons Solothurn hiess die Klage mit Entscheid vom 3. Mai 1999 gut.

C.- Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lassen L._____ und U._____ sowie K._____ die Aufhebung des kantonalen Gerichtsentscheides beantragen; eventuell sei die Sache zur Durchführung des Beweisverfahrens und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem ersuchen L._____ und U._____ um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.
Die Ausgleichskasse schliesst auf Abweisung der Ver-

waltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherung hat sich nicht vernehmen lassen.

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.- Das kantonale Gericht hat unter Hinweis auf Gesetz (Art. 52 AHVG) und Rechtsprechung (vgl. statt vieler: BGE 123 V 15 Erw. 5b) die Voraussetzungen richtig dargelegt, unter denen ein verantwortliches Organ einer juristischen Person der Ausgleichskasse den durch schuldhafte Missachtung der Vorschriften über die Beitragsabrechnung und -bezahlung (Art. 14 Abs. 1 AHVG; Art. 34 ff. AHVV) entstandenen Schaden zu ersetzen hat. Darauf kann verwiesen werden. Zutreffend sind auch die Ausführungen zur Verwirkung der Schadenersatzforderung (Art. 82 AHVV; BGE 119 V 92 Erw. 3) und zum Zeitpunkt der Kenntnis des Schadens (BGE 119 V 92 Erw. 3).

3.- In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde halten die Beschwerdeführer an ihrer bereits im vorinstanzlichen Verfahren vertretenen Auffassung fest, dass der Schadenersatzanspruch zufolge verspäteter Geltendmachung verwirkt sei. Denn die Arbeitgeberin habe die Ausgleichskasse bereits im Sommer 1996 darüber informiert, dass der Betrieb am 31. Juli 1996 eingestellt worden sei, nachdem die "Lizenzgeberin" die Verträge fristlos gekündigt und das Warenlager blockiert habe. Ebenfalls mitgeteilt habe sie, dass keine finanziellen Mittel mehr vorhanden seien.
Das kantonale Gericht hat diesen Einwand unter Berufung auf die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts nicht gelten lassen. Das Konkursverfahren sei am 10. Juni 1997 eingestellt und damit abgeschlossen worden, weshalb die Schadenersatzverfügungen vom 31. März 1998 binnen der einjährigen Verwirkungsfrist ergangen seien. Diesen zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen kann mit Blick auf die im vorliegenden Fall erfolgte Konkurseinstellung mangels Aktiven und die dazu ergangene Rechtsprechung (BGE 103 V 122 Erw. 4; ZAK 1990 S. 289 Erw. 4b) vollumfänglich beigepflichtet werden. Was dagegen vorgebracht wird, verfängt nicht. Schadenskenntnis der Ausgleichskasse sogar bereits in einem vor der Konkurseröffnung liegenden Zeitpunkt anzunehmen, stünde in Widerspruch zu der bisherigen einschlägigen Rechtsprechung (BGE 119 V 92 Erw. 3, 118

V 196 f. Erw. 3b; ZAK 1992 S. 479 Erw. 3b), von der abzuweichen kein Anlass besteht. Namentlich war nach der Auflösung des Lizenzvertrages im Sommer 1996 das weitere Schicksal der Gesellschaft noch ungewiss. Bis zur Konkurseröffnung im April 1997 und dessen Einstellung mangels Aktiven war für die Ausgleichskasse insbesondere nicht ersichtlich, ob nicht doch noch eine Betriebssanierung zustande kommen und inwieweit allenfalls eine konkursrechtliche Verwertung des Warenlagers den Schaden mindern würde.

4.- Soweit die Beschwerdeführerin 1 die Schadenersatzpflicht für im Jahre 1994 unbezahlt gebliebene bundesrechtliche Sozialversicherungsbeiträge mit dem Argument bestreitet, sie sei erst ab 1995 Mitglied des Verwaltungsrates gewesen, kann dem nicht beigepflichtet werden. Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts beginnt die Haftung des Verwaltungsrates für den der Ausgleichskasse verursachten Schaden mit dem effektiven Eintritt in den Verwaltungsrat, und zwar unabhängig vom Datum der Eintragung ins Handelsregister (BGE 123 V 174 Erw. 3b). Mit der Mandatsübernahme tritt das Verwaltungsratsmitglied in die Verantwortung sowohl für die laufenden als auch für die verfallenen, von der Firma in früheren Jahren schuldig gebliebenen Sozialversicherungsabgaben ein. Es ist seine Pflicht, nicht nur für die Bezahlung der laufenden Beiträge, sondern und gerade für die Begleichung verfallener, seit Jahren geschuldeter Abgaben besorgt zu sein (ZAK 1992 S. 254 Erw. 7b). Sofern auf im Jahr 1994 ausgerichteten Löhnen gestützt auf die Nachzahlungsverfügung vom 24. September 1997 Sozialversicherungsbeiträge geschuldet sind - worauf nachstehend noch zurückzukommen sein wird (vgl. Erw. 5c) - kann sich die Beschwerdeführerin somit nicht zum Vornherein mit dem Hinweis entlasten, diese seien in einem Zeitpunkt entstanden, als sie noch keine Organstellung innehatte. Ebensowenig zu exkulpieren vermag sich die Beschwerdeführerin 1 - wie im Übrigen auch der Beschwerdeführer 3 - mit der Begründung, nichts mit der Geschäftsführung zu tun gehabt zu haben. Denn wer sich in den Verwaltungsrat einer Firma wählen lässt, nimmt Organstellung ein mit den damit verbundenen gesetzlichen Pflichten (Art. 716 f. OR), welche die Überwachung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen und das regelmässige sich Unterrichtenlassen über den Geschäftsgang beinhalten.

5.- Die Schadenersatzforderung der Ausgleichskasse beruht auf der Nichtbezahlung von Beiträgen, die gemäss den Schlussabrechnungen vom 17. April 1996 für das Jahr 1995 und vom 16. Mai 1997 für das Jahr 1996 und nach den Nachzahlungsverfügungen vom 24. September 1997 für die Zeit von April 1994 bis Ende Juli 1996 erhoben worden sind.

a) Die Beschwerdeführer bestreiten die Höhe der Forderung gemäss Schlussabrechnung 1995 nicht, machen aber gel-

tend, sie hätten die festgelegten Pauschalbeträge für dieses Jahr korrekt bezahlt und auch die entsprechenden Lohnsummen der Ausgleichskasse rechtzeitig innert der gesetzlichen Monatsfrist nach Ablauf der Abrechnungsperiode gemeldet. Für die erst am 17. April 1996 in Rechnung gestellten Beträge sei gemäss Verfügung vom 26. April 1996 ein Zahlungsaufschub gewährt worden. Bereits damals habe die Gesellschaft indessen über keine Vermögenswerte mehr verfügt, was der Ausgleichskasse am 22. April 1996 mitgeteilt worden sei. Zudem seien die Beiträge 1995 vor der Konkurseröffnung gar nie rechtskräftig verfügt worden.
Die Ausgleichskasse hat am 26. April 1996 einem Ratenplan über die Tilgung der fälligen Beiträge für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 1995 im Betrage von Fr. 46'893.80 zugestimmt. Danach waren spätestens bis 15. Mai 1996 Fr. 15'650.- zu bezahlen und der Rest in zwei weiteren Monatsraten bis 15. Juni und 15. Juli 1996 zu begleichen. Ein Zahlungsaufschub mit Tilgungsplan ändert an der Widerrechtlichkeit der nicht ordnungsgemässen Bezahlung der Beiträge grundsätzlich nichts. Zwar ist bei der Beurteilung der Frage, ob die verantwortlichen Arbeitgeberorgane ihren Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Einhaltung der Beitragszahlungspflicht nachgekommen sind, ein mit der Ausgleichskasse vereinbarter Zahlungsaufschub mit Tilgungsplan mitzuberücksichtigen, soweit dem Beitragspflichtigen damit ein Abweichen von den ordentlichen Zahlungsterminen zugestanden wird (BGE 124 V 255 Erw. 3b). Vorbehalten bleiben Fälle, in welchen Zahlungsaufschub beantragt wird, obschon der Beitragspflichtige damit rechnen musste, dass die Firma in Konkurs gehen werde und er die Zahlungsvereinbarung nicht werde einhalten können (BGE 124 V 255 Erw. 4b; AHI 1999 S. 26). Im vorliegenden Fall ändert der gewährte Zahlungsaufschub an der vorinstanzlichen Verschuldensbeurteilung nichts, da die Beschwerdeführer weder für die Einhaltung des Tilgungsplanes gesorgt, noch die Zahlung der einzelnen Raten veranlasst haben. Der Zahlungsaufschub ist daher ohne weiteres dahingefallen (Art. 38bis Abs. 3 AHVV). Zudem räumen die Beschwerdeführer selber ein, dass ihnen die prekäre Lage der Gesellschaft im April 1996 bekannt war. Im Zeitpunkt des nachgesuchten Zahlungsaufschubes konnten sie somit nicht damit rechnen, dass die Zahlungsvereinbarung eingehalten werden könne. Stichhaltige Exkulpationsgründe für die Nichtbezahlung der gemäss Schlussabrechnung 1995 geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge sind keine ersichtlich, zumal die angeführte fristlose Kündigung des Lizenzvertrages erst im Sommer 1996 erfolgte und somit für die bereits vorher bestandenen Zahlungsschwierigkeiten nicht kausal sein konnte. Ebenfalls nicht zu entlasten vermag die Beschwerdeführer der Umstand, dass die Ausgleichskasse die am 17. April 1996 in Rechnung gestellten Beiträge nach erfolgloser Betreibung im Hinblick auf die Erlangung eines Rechtsöffnungstitels am 14. März 1997 verfügungsweise festsetzte (vgl. Art. 38 AHVV sowie BGE 109 V

46; ZAK 1984 S. 190).
b) Bezüglich der Zeitspanne von Januar 1996 bis zur Betriebsschliessung Ende Juli 1996 führen die Beschwerdeführer aus, sie hätten die Beiträge aufgrund festgelegter Beträge stets lückenlos bezahlt. Die Schlussabrechnung 1996 - welche in masslicher Hinsicht nicht bestritten wird - sei dann aber erst nach der Konkurseröffnung vom 10. April 1997 ergangen und damit in einem Zeitpunkt fällig geworden, als sie keine Möglichkeit mehr gehabt hätten, als Organ der Aktiengesellschaft die Überweisung der Beiträge an die Ausgleichskasse zu veranlassen.
Nach der Rechtsprechung verletzt jener Arbeitgeber seine Zahlungspflichten gegenüber der Ausgleichskasse nicht, der die paritätischen Beiträge deshalb nicht bezahlen kann, weil zwischen dem Ende der Zahlungsperiode, mit welcher die Fälligkeit der Beiträge zusammenfällt, und dem Ende der zehntägigen Zahlungsfrist der Konkurs eröffnet wird und er somit über das Vermögen nicht mehr verfügen und keine Zahlungen an die Ausgleichskasse mehr veranlassen kann. Vorbehalten bleibt der Fall, da der Arbeitgeber sich nicht mit der notwendigen Sorgfalt um die Sicherheit der durch ihn zu beziehenden und abzuliefernden paritätischen Beiträge gekümmert hat, so dass im Zeitpunkt, da die Beiträge bezahlt werden sollten, nicht mehr genügend Mittel vorhanden sind (AHI 1994 S. 37; ZAK 1985 S. 581 Erw. 5a; vgl. BGE 112 V 5 Erw. 3d). Die Ausgleichskasse kann dem Arbeitgeber bewilligen, für die Zahlungsperiode statt der genauen Beiträge einen diesen ungefähr entsprechenden Betrag zu entrichten. In diesem Falle hat der Ausgleich am Ende des Kalenderjahres zu erfolgen (Art. 34 Abs. 3 AHVV). Hat die Ausgleichskasse bedingungslos in das Pauschalverfahren eingewilligt, besteht keine Pflicht des Arbeitgebers, die Erhöhung der Lohnsumme vor Ablauf des Kalenderjahres der Ausgleichskasse zu melden. Die Differenz zwischen der Summe der geleisteten Akontozahlungen und den für das Kalenderjahr geschuldeten Beiträgen berechtigt daher 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 hat (AHI 1993 S. 165 Erw. 4c, ZAK 1992 S. 246 Erw. 3b).
Das kantonale Gericht hat den für die Beurteilung der Verschuldensfrage wesentlichen Sachverhalt unvollständig festgestellt (Art. 105 Abs. 2 OG), indem es unterliess, über die Zahlungs- und Abrechnungsmodalitäten der konkursiten Gesellschaft Abklärungen zu treffen. Anhaltspunkte für eine Einwilligung in das Pauschalverfahren ergeben sich nicht nur aufgrund der Vorbringen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Bei den Akten liegt zudem ein Schreiben der Arbeitgeberfirma vom 17. Februar 1997 samt Computerliste, wonach die Abrechnungsunterlagen 1996 der Ausgleichskasse an diesem Datum zugestellt wurden. Die

Schlussabrechnung erging gemäss Kontoauszug der Ausgleichskasse vom 9. November 1998 jedoch erst am 16. Mai 1997 und somit nach der am 10. April 1997 erfolgten Konkurseröffnung. Die Sache ist zur Aktenergänzung in diesem Punkt an die Vorinstanz zurückzuweisen.

c) Gegen die Nachzahlungsverfügungen 1994 bis 1996 wenden die Beschwerdeführer erneut ein, diese entbehrten jeglicher Grundlage, seien nicht substantiiert begründet, basierten nicht auf Lohnlisten oder Abrechnungen der Firma und seien zudem erst nach der Konkurseröffnung ergangen. Beruht die eingeklagte Schadenersatzforderung auf rechtskräftigen Nachzahlungsverfügungen und fällt deren Erlass in die Zeit nach der Konkurseröffnung, bleibt die Möglichkeit zur masslichen Überprüfung der Forderung im Schadenersatzprozess gewahrt (AHI 1993 S. 173). In Fällen, in denen bestimmte Zahlungen erst im Nachhinein der Beitragspflicht unterstellt werden, lässt das Eidgenössische Versicherungsgericht den Vorwurf absichtlicher oder grobfahrlässiger Schadensverursachung dann entfallen, wenn über die beitragsrechtliche Qualifikation der betreffenden Entgelte in guten Treuen gestritten werden kann (unveröffentlichtes Urteil V. vom 25. November 1992 [H 44+47/92]und in AHI 1993 S. 172 nicht publizierte Erwägung 3d).
Als Grund für die Nacherfassung gibt die Ausgleichskasse im Beiblatt zum Arbeitgeberkontrollbericht Natural- und Aushilfslöhne sowie Überzeit- und Samstagsentschädigungen an, ohne ihre Verfügungen indessen in einer für das Gericht nachvollziehbaren Weise begründet zu haben. Obwohl die Beschwerdeführer bereits im kantonalen Verfahren die Rechtmässigkeit des Vorgehens der Ausgleichskasse bestritten und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend gemacht hatten, hat die Vorinstanz keine Feststellungen zur Abgabepflicht der nacherfassten Entgelte getroffen. Ob den Beschwerdeführern bezüglich der Nichtbezahlung der auf die Nachzahlungsverfügungen entfallenden Sozialversicherungsbeiträge zumindest ein grobfahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden kann, lässt sich aufgrund der derzeitigen Aktenlage nicht beurteilen. Auch diesbezüglich wird die Vorinstanz daher weitere Abklärungen zu treffen haben.

6.- a) Im vorliegenden Verfahren geht es nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen, weshalb Kosten zu erheben sind (Art. 134 OG e contrario). Entsprechend dem Verfahrensausgang mit einem teilweisen Obsiegen der Beschwerdeführer rechtfertigt es sich, die Kosten zur Hälfte der Ausgleichskasse und zu je einem Sechstel den Beschwerdeführern aufzuerlegen (Art. 135 in Verbindung mit Art. 156 OG), wobei letztere durch den vom Beschwerdeführer 3 geleisteten Kostenvorschuss gedeckt sind. Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung wird damit gegenstandslos.

b) Entsprechend dem teilweisen Obsiegen steht den Beschwerdeführern eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1250.- zu. In diesem Umfang wird das von den Beschwerdeführern 1 und 2 gestellte Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung gegenstandslos. Von der restlichen, vom Eidgenössischen Versicherungsgericht praxisgemäss auf Fr. 2500.- veranschlagten Entschädigung für die Verbeiständung entfallen auf die beiden Beschwerdeführer lediglich noch je rund Fr. 417.-. Die dem Gericht mit dem Zeugnis zur Erlangung der unentgeltlichen Rechtspflege eingereichten Unterlagen rechtfertigen es nicht, ihnen für diesen Betrag die unentgeltliche Verbeiständung zu bewilligen.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. In teilweiser Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons Solothurn vom 3. Mai 1999 aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit sie, nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen, über die Schadenersatzpflicht bezüglich Schlussabrechnung 1996 und Nachzahlungsverfügungen 1994 bis 1996 neu entscheide. Im Übrigen wird die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abgewiesen.

II. Die Gerichtskosten von total Fr. 4000.- werden zur Hälfte der Ausgleichskasse des Kantons Solothurn und zu je einem Sechstel den Beschwerdeführern auferlegt. Die Anteile der Beschwerdeführer sind durch den geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4000.- gedeckt; der Differenzbetrag von Fr. 2000.- wird dem Beschwerdeführer 3 zurückerstattet.

III. Die Ausgleichskasse des Kantons Solothurn hat den Beschwerdeführern für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine reduzierte Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1250.- zu bezahlen.

IV. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, soweit nicht gegenstandslos geworden, wird abgewiesen.

V. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons Solothurn und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.

Luzern, 8. Mai 2000
Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der IV. Kammer:

Die Gerichtsschreiberin: