Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 376/01

Urteil vom 11. Oktober 2005
IV. Kammer

Besetzung
Präsident Ferrari, Bundesrichter Meyer und Ursprung; Gerichtsschreiber Nussbaumer

Parteien
Ausgleichskasse des Kantons Graubünden, Ottostrasse 24, 7000 Chur, Beschwerdeführerin,

gegen

1. K._____,
2. O._____,
Beschwerdegegner, beide vertreten durch
Rechtsanwalt Henri Zegg, Vazerolgasse 2,
7000 Chur,

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, Chur

(Entscheid vom 3. Juli 2001)

Sachverhalt:
A.
K._____ und O._____ sind Gesellschafter der Kollektivgesellschaft X._____ in Y._____. Mit Entscheid vom 3. August 1999 gewährte der Bezirksgerichtsausschuss I._____ der Kollektivgesellschaft eine Nachlassstundung für die Dauer von sechs Monaten, welche er am 21. Januar 2000 um drei Monate bis 5. Mai 2000 verlängerte. Am 8. September 1999 meldete die Ausgleichskasse des Kantons Graubünden bei der Sachwalterin eine Forderung für ausstehende Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von Fr. 201'586.75 an. Mit Eingabe vom 10. November 1999 reduzierte sie ihre Forderung auf Fr. 128'845.50. Diese Forderung anerkannte die Sachwalterin, wies hingegen eine von der Ausgleichskasse am 23. März 2000 auf den Betrag von Fr. 133'811.50 angebrachte Korrektur als verspätet eingegeben zurück und berücksichtigte sie im Rahmen des Nachlassverfahrens nicht mehr. Während der Dauer des Nachlassverfahrens führte die Kollektivgesellschaft ihren Betrieb fort. Mit Entscheid vom 2. Mai 2000 bewilligte der Bezirksgerichtsausschuss I._____ den von der Kollektivgesellschaft den Gläubigern vorgeschlagenen und von diesen angenommenen Nachlassvertrag. Gestützt darauf wurde an alle Drittklassgläubiger die vereinbarte Dividende von 32 % ausbezahlt.

Mit Verfügungen vom 17. August 2000 verpflichtete die Ausgleichskasse K._____ und O._____ zur Leistung von Schadenersatz in Höhe von Fr. 92'791.55 für entgangene Sozialversicherungsbeiträge samt Zinsen und Kosten.
B.
Die auf Einspruch hin von der Ausgleichskasse des Kantons Graubünden gegen K._____ und O._____

eingereichte Klage wies das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden mit Entscheid vom 3. Juli 2001 ab, da für die Schadenersatzforderung zuerst die sanierte Kollektivgesellschaft hätte ins Recht gefasst werden müssen.
C.
Die Ausgleichskasse des Kantons Graubünden führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides sei die Sache hinsichtlich der bundesrechtlichen Schadenersatzforderung zu neuer Beurteilung an das kantonale Gericht zurückzuweisen.
K._____ und O._____ sowie das kantonale Gericht schliessen auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherung beantragt deren Gutheissung.
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 Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 in Kraft getreten. Mit ihm sind zahlreiche Bestimmungen im Bereich der AHV, namentlich auch Art. 52 AHVG geändert und 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 129 V 4 Erw. 1.2, 169 Erw. 1, 356 Erw. 1, je mit Hinweis), und weil ferner das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Schadenersatzverfügung (hier: 17. August 2000) eingetretenen Sachverhalt abstellt (BGE 121 V 366 Erw. 1b), sind die bis zum 31. Dezember 2002 geltenden Bestimmungen anwendbar.
2.2 Nach Art. 52 AHVG hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften einen Schaden verschuldet, diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen. Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, so können subsidiär gegebenenfalls die verantwortlichen Organe in Anspruch genommen werden (BGE 123 V 15 Erw. 5b, 122 V 66 Erw. 4a, 119 V 405 Erw. 2, je mit Hinweisen).

Der Schaden gilt als eingetreten, 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. 3a, 113 V 257 f., 112 V 157 Erw. 2, 109 V 92 Erw. 9, 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 ersten Fall gilt der Schaden als eingetreten, sobald die Beiträge verwirkt sind (BGE 123 V 15 Erw. 5b, 170 Erw. 2a, 112 V 157 Erw. 2, 108 V 194 Erw. 2d, je mit Hinweisen). Im zweiten 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).
Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 82 Abs. 1 AHVV ist in der Regel von dem Zeitpunkt an gegeben, in welchem die Ausgleichskasse unter Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit erkennen muss, dass die tatsächlichen Gegebenheiten nicht mehr erlauben, die Beiträge einzufordern, wohl aber eine Schadenersatzpflicht begründen können (BGE 129 V 195 Erw. 2.1, 128 V 17 Erw. 2a, je mit Hinweisen).
3.
3.1 Der Kollektivgesellschaft X._____ ist am 3. August 1999 Nachlassstundung gewährt worden, welche bis 5. Mai 2000 verlängert worden ist. Mit Entscheid vom 2. Mai 2000 bewilligte der Bezirksgerichtsausschuss I._____ den von der Kollektivgesellschaft den Gläubigern vorgeschlagenen und von diesen angenommenen Nachlassvertrag. Damit wurde dieser für alle Drittklassgläubiger - auch für die Beschwerde führende Ausgleichskasse - verbindlich. Bei diesem Nachlassvertrag handelt es sich um einen ordentlichen Nachlassvertrag mit Prozentvergleich. In der Folge erhielt die Ausgleichskasse 32 % der in der dritten Klasse kollozierten Beitragsforderung ausbezahlt.

3.2 Nach Auffassung des kantonalen Gerichts ist die Haftung nach Art. 52 AHVG eine rein subsidiäre. Dies bedeute, dass die Ausgleichskasse zuerst die Kollektivgesellschaft hätte belangen müssen und die Klage demzufolge wegen fehlender Passivlegitimation der beiden eingeklagten Kollektivgesellschafter abzuweisen sei.
Auszugehen ist von der Rechtsprechung zum Eintritt des Schadens (vgl. Erw. 2.2 hievor). Hauptgrund für den Schadenseintritt ist die Zahlungsunfähigkeit des beitragspflichtigen Arbeitgebers. In diesem 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). Dieser Zeitpunkt der Entstehung der Schadenersatzforderung ist u.a. bedeutsam für die Frage, gegen wen sich die Verfügung der Ausgleichskasse zu richten hat, mit anderen Worten, ob sich die Ausgleichskasse subsidiär an die Organe der zahlungsunfähigen Arbeitgeberin halten kann (Thomas Nussbaumer, Das Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG, in: Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, St. Gallen 1998, S. 113). Wenn ein Arbeitgeber in Konkurs fällt, ist der Schadenseintritt in der Regel mit dem Tag der Konkurseröffnung erfolgt (BGE 123 V 12 in Bezug auf eine Aktiengesellschaft). Nach der Rechtsprechung ist die subsidiäre Belangbarkeit der Organe unabhängig davon gegeben, ob der Arbeitgeber rechtlich noch existiert. So können die Organe einer
Aktiengesellschaft ins Recht gefasst werden, wenn für eine betriebene Beitragsforderung ein Pfändungsverlustschein ausgestellt wird (Thomas Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, AJP 1996 S. 1072 mit Hinweis auf die Rechtsprechung). Vom Eintritt des Schadens ist der Zeitpunkt der Schadenskenntnis zu unterscheiden, welcher für den Beginn der einjährigen Verwirkungsfrist des Art. 82 Abs. 1 AHVV massgebend ist. Er fällt frühestens auf den Zeitpunkt des Schadenseintritts, verwirklicht sich jedoch meistens erst einige Zeit nach dem Schadenseintritt. Nach der Rechtsprechung hat die Ausgleichskasse im Falle eines Konkurses oder Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung praxisgemäss in der Regel bereits dann ausreichende Kenntnis des Schadens, wenn die Kollokation der Forderungen eröffnet, der Kollokationsplan (und das Inventar) zur Einsicht aufgelegt wird (BGE 128 V 17 Erw. 2a, 126 V 444 Erw. 3a, 452 Erw. 2a, 121 III 388 Erw. 3b, 119 V 92 Erw. 3, 118 V 195 Erw. 3a, je mit Hinweisen). Wird der Nachlassvertrag vom Gericht genehmigt, beginnt die Jahresfrist mit dem Empfang der Einladung zur Gläubigerversammlung und des beigelegten Nachlassvertragsentwurfs zu laufen (Urteil W. vom 18. Januar 2005, H 77/03, mit
weiteren Hinweisen). Dabei hat das Eidgenössische Versicherungsgericht offen gelassen, 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 nach Ablehnung des Nachlassvertrages, AHI 1995 S. 159) nicht erst am Ende des Bestätigungsverfahrens (Genehmigungs- oder Verwerfungsentscheid des Nachlassgerichts) anzunehmen ist. Die Frage des Schadenseintritts bei genehmigtem Nachlassvertrag kann sich praktisch nur für Sachverhalte stellen, die in den Zeitraum fallen, in welchem die Beitragsforderungen der Ausgleichskassen nicht in der zweiten Klasse privilegiert waren (1. Januar 1997 bis 31. Dezember 2000). Für die Zeit ab 1. Januar 2001 sind Haftungsfälle - wie bereits unter der Rechtslage bis Ende Dezember 1996 - wegen der bei der Genehmigung des Nachlassvertrages vorausgesetzten vollen Deckung der privilegierten Forderungen (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) lediglich denkbar, wenn die Nachlassstundung widerrufen oder dem Nachlassvertrag die Genehmigung verweigert wird (Urteil B. vom 25. November 2004, H 232/03).

Aus dieser Konzeption der Schadenersatzhaftung, namentlich aus der Rechtsprechung zum Zeitpunkt des Schadenseintritts bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ergibt sich, dass bei nicht privilegierter Beitragsforderung der Eintritt des Schadens im Falle eines Nachlassvertrages spätestens im Zeitpunkt liegt, in welchem die Ausgleichskasse einigermassen zuverlässig die Höhe der Dividendenaussichten abschätzen kann, in der Regel mithin spätestens bei Empfang der Einladung zur Gläubigerversammlung und des beigelegten Nachlassvertragsentwurfs. Daraus folgt zwangsläufig, dass die Ausgleichskasse den im Laufe des Nachlassvertragsverfahrens eingetretenen Schaden direkt gegen die Organe geltend machen kann, auch wenn die mit dem Nachlassvertrag sanierte Arbeitgeberin weiter existiert, was ständiger Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, namentlich auch mit Bezug auf Kollektivgesellschaften (Urteil L. vom 19. April 2005, H 128/01), entspricht (zuletzt Urteil S. vom 15. September 2005, H 162/01). Das kantonale Gericht hat daher zu Unrecht die Passivlegitimation der beiden Kollektivgesellschafter verneint. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass sich die Subsidiarität der Organhaftung entgegen der
Auffassung der Ausgleichskasse nicht auf die Beitragsschuld der Gesellschaft, sondern auf die Schadenersatzpflicht bezieht. Zu Recht weist die Ausgleichskasse aber darauf hin, dass bei Zahlungsunfähigkeit der Gesell-

schaft ein neuer Schadenseintritt nicht stattfindet; sondern es geht nur noch um die subsidiäre Geltendmachung des bereits eingetretenen Schadens. Zu Unrecht leiten die Beschwerdegegner aus der Wirkung des Nachlassvertrages (Forderungsverzicht über die Dividende hinaus) eine Unmöglichkeit des Entstehens der Schadenersatzforderung ab. Vielmehr zeigt der Nachlassvertrag gerade, dass die Ausgleichskasse eines Teils der Beitragsforderung verlustig gegangen ist. Dieser Verlust ist eingetreten, unabhängig davon, ob die Ausgleichskasse dem Nachlassvertrag zugestimmt hat oder nicht (erwähnte Urteile L. vom 19. April 2005 und S. vom 15. September 2005).

4.

Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht im erwähnten Urteil S. vom 15. September 2005 (H 128/01) des Weitern entschieden hat, setzt die Geltendmachung der Schadenersatzforderung gegenüber den verantwortlichen Organen voraus, dass eine Ausgleichskasse, welche dem Nachlassvertrag zugestimmt hat, der Bestimmung des Art. 303 SchKG nachgelebt haben muss. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung wahrt ein Gläubiger, welcher dem Nachlassvertrag zugestimmt hat, seine Rechte gegen M̈itschuldner, Bürgen und Gewährspflichtigë(vgl. Abs. 1), nur, sofern er ihnen mindestens zehn Tage vor der Gläubigerversammlung u.a. die Abtretung seiner Forderung gegen Zahlung angeboten hat. Ob die Beschwerde führende Ausgleichskasse dem Nachlassvertrag zugestimmt hat oder nicht und - wenn ja - nach Art. 303 SchKG vorgegangen ist, lässt sich weder den Akten entnehmen noch enthält der kantonale Entscheid diesbezüglich irgendwelche Feststellungen. Bei der Beurteilung der Schadenersatzklage wird daher auch diesem Aspekt Rechnung zu tragen sein. Die Sache geht demzufolge an das kantonale Gericht zurück, damit dieses die Haftungsvoraussetzungen prüfe und über die Klage gegen die beiden Beschwerdegegner neu entscheide.

5.

Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Die unterliegenden Beschwerdegegner haben die Gerichtskosten zu tragen (Art. 156 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der vorinstanzliche Entscheid vom 3. Juli 2001 aufgehoben und die Sache an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden zurückgewiesen, damit dieses über die Klage vom 18. Oktober 2000 entscheide.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 4500.- werden den Beschwerdegegnern unter solidarischer Haftbarkeit zu gleichen Teilen auferlegt.

3.

Der Ausgleichskasse des Kantons Graubünden wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4500.- zurückerstattet.

4.

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

Luzern, 11. Oktober 2005

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der IV. Kammer: Der Gerichtsschreiber: