Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 328/03

Urteil vom 21. September 2004
III. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Rüedi und nebenamtlicher Richter Maeschi; Gerichtsschreiber Hochuli

Parteien
Bundesamt für Sozialversicherung, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Beschwerdeführer,

gegen

1. K._____,
2. P._____,
Beschwerdegegner, beide vertreten durch Rechtsanwalt Martin Schwegler, Willisauerstrasse 11, 6122 Menznau,

Vorinstanz
Obergericht des Kantons Uri, Altdorf

(Entscheid vom 27. Oktober 2003)

Sachverhalt:
A.
Die Restaurant Bar X._____ GmbH mit Sitz in Y._____ war vom 1. Januar 1996 bis 3. Mai 1999 der Ausgleichskasse Hotela als Arbeitgeberin angeschlossen. Wegen finanzieller Schwierigkeiten wurde der Betrieb auf Ende ..... 1999 eingestellt und ein Rechtsanwalt mit der Liquidation der Gesellschaft beauftragt. Am ..... 2001 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet und am ..... 2001 mangels Aktiven eingestellt. Mit Verfügungen vom 24. April 2002 forderte die Ausgleichskasse von den ehemaligen Gesellschaftern und Geschäftsführern K._____ und P._____ Schadenersatz für entgangene Sozialversicherungsbeiträge, einschliesslich Verwaltungskostenbeitrag, Betreibungskosten und Verzugszinsen, in Höhe von je Fr. 11'992.85. Die Betroffenen erhoben hiegegen Einspruch.
B.
Am 27. Mai 2002 reichte die Ausgleichskasse beim Obergericht des Kantons Uri, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Klage ein und beantragte, K._____ und P._____ seien zu verpflichten, der Ausgleichskasse Schadenersatz im verfügten Betrag zu leisten.

Mit Entscheid vom 27. Oktober 2003 wies das Obergericht des Kantons Uri die Klage mit der Begründung ab, die Ausgleichskasse habe auf Grund von Mitteilungen des Liquidators vom 9. Juli 1999 und 2. März 2001 sowie der am ..... 2001 erfolgten Löschung der Gesellschaft im Handelsregister Kenntnis vom Schaden erhalten. Die Verfügungen vom 24. April 2002 seien damit erst nach Ablauf der einjährigen Frist von aArt. 82 Abs. 1 AHVV ergangen, weshalb die Schadenersatzforderung verwirkt sei.
C.

Das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde und macht geltend, Kenntnis vom Schaden im Sinne der Rechtsprechung habe die Ausgleichskasse erst auf Grund der Mitteilung über die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven vom ..... 2001 erhalten, so dass die Schadenersatzverfügungen vom 24. April 2002 rechtzeitig ergangen seien. Der angefochtene Entscheid sei daher aufzuheben und es sei die Sache zur Neubeurteilung an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

Während die Beschwerdegegner auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliessen, beantragt die Ausgleichskasse Hotela Gutheissung derselben.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Die strittige Verfügung hat nicht die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen zum Gegenstand. Das Eidgenössische Versicherungsgericht prüft daher nur, ob das vorinstanzliche Gericht Bundesrecht verletzte, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder ob der rechtserhebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt wurde (Art. 132 in Verbindung mit Art. 104 lit. a und b sowie Art. 105 Abs. 2 OG).
2.
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 AHV-Recht geändert worden. So wurde die Regelung von Art. 82 AHVV (in der bis Ende 2002 gültig gewesenen Fassung; nachfolgend mit "aArt." bezeichnete Bestimmungen) über die Verjährung bzw. Verwirkung von Schadenersatzforderungen nach Art. 52 AHVG neu gefasst und in das Gesetz überführt (Art. 52 Abs. 3 und 4 AHVG in der Fassung gemäss Anhang Ziff. 7 ATSG; AS 2002 3401). 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), sind im vorliegenden Fall die bis zum 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Bestimmungen anwendbar (BGE 129 V 4 Erw. 1.2 mit Hinweisen). Im Hinblick darauf, dass die Schadenersatzklage noch im Jahr 2002 eingereicht wurde, richtet sich das Verfahren nach den altrechtlichen Bestimmungen (BGE 130 V 1 ff.).
3.
Gemäss aArt. 82 Abs. 1 AHVV "verjährt" die Schadenersatzforderung, wenn sie nicht innert Jahresfrist seit Kenntnis des Schadens durch Erlass einer Schadenersatzverfügung geltend gemacht wird, auf jeden Fall aber mit Ablauf von fünf Jahren seit Eintritt des Schadens. Bei diesen Fristen handelt es sich entgegen dem Wortlaut der Bestimmung um Verwirkungsfristen, die von Amtes wegen zu berücksichtigen sind (BGE 128 V 12 Erw. 5a und 17 Erw. 2a, 126 V 444 Erw. 3a und 451 Erw. 2a, 121 III 388 Erw. 3b, je mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung erlangt die Ausgleichskasse in dem Zeitpunkt Kenntnis vom Schaden, in welchem sie 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). Bei Betreibung auf Pfändung besteht Kenntnis des Schadens mit der Zustellung des definitiven Pfändungsverlustscheins (BGE 113 V 258 Erw. 3c i.f.; ZAK 1991 S. 127 Erw. 2a, 1988 S. 122 Erw. 3c und S. 300 Erw. 3b). Im Falle eines Konkurses oder Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung besteht praxisgemäss in der Regel bereits dann ausreichend Kenntnis des
Schadens, wenn die Kollokation der Forderungen eröffnet bzw. der Kollokationsplan (und das Inventar) zur Einsicht aufgelegt wird (BGE 129 V 195 Erw. 2.3 mit Hinweisen). Ausnahmsweise kann eine zumutbare Schadenskenntnis schon vor der Auflage des Kollokationsplanes gegeben sein, so etwa, wenn die Ausgleichskasse auf Grund von Gläubigerversammlungen vernimmt, dass ihre Forderung mit Sicherheit ungedeckt bleibt; dabei genügt die zumutbare Kenntnis eines Teilschadens (BGE 126 V 447 Erw. 3b und 452 Erw. 2a mit Hinweisen). Die für das ordentliche Konkursverfahren geltenden Regeln gelangen grundsätzlich auch bei Durchführung des summarischen Konkursverfahrens zur Anwendung, da dessen Anordnung noch keine Kenntnis des Schadens begründet (BGE 129 V 195 Erw. 2.3 mit Hinweisen). Wird der Konkurs weder im ordentlichen noch im summarischen Verfahren durchgeführt, fällt die zumutbare Kenntnis des Schadens in der Regel mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven zusammen, wobei der Publikationszeitpunkt der Konkurseinstellung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) massgeblich ist (BGE 129 V 196 Erw 2.3). Voraussetzung ist aber, dass die Ausgleichskasse zu diesem Zeitpunkt bereits alle tatsächlichen Umstände über die Existenz des
Schadens, die Beschaffenheit und die wesentlichen Merkmale des Schadens sowie die Person des Ersatzpflich-

tigen kennt. Da die ausstehende Beitragsforderung Grundlage für die Höhe des Schadens bildet, kann daher eine Kenntnis bei der Publikation der Konkurseinstellung nur dann angenommen werden, wenn die Ausgleichskasse zu diesem Zeitpunkt bereits in der Lage ist, die Höhe der Beitragsforderung zu beziffern (BGE 128 V 12 Erw. 5a mit Hinweisen).
4.
4.1 Im vorliegenden Fall wurde der Konkurs am ..... 2001 eröffnet und am ..... 2001 mangels Aktiven eingestellt. Aus den Akten geht hervor, dass die Gesellschaft ihren Betrieb bereits Ende ..... 1999 eingestellt hatte. Am 9. Juli 1999 setzte der mit der Liquidation der Gesellschaft beauftragte Rechtsanwalt die Gläubiger von der Geschäftsaufgabe in Kenntnis und machte sie darauf aufmerksam, dass praktisch keine Aktiven mehr vorhanden seien. In einem Schreiben vom 2. März 2001 teilte er der Ausgleichskasse mit, seitens des kantonalen Amtes für Justiz sei mangels eines gesetzmässigen Domizils eine Auflösung der Gesellschaft von Amtes wegen angedroht worden. Weil die Gesellschafter keine Mittel für die Liquidation zur Verfügung stellen könnten, seien sie mit einer Auflösung von Amtes wegen einverstanden. Sie hätten gegenüber der Gesellschaft noch relativ hohe Lohnforderungen, weshalb "nichts zu holen" sei. Am ..... 2001 wurde die Gesellschaft in Anwendung von Art. 88a HRegV im Handelsregister gelöscht, was im SHAB vom ..... 2001 publiziert wurde.

Die Vorinstanz schliesst hieraus, die Ausgleichskasse habe bereits auf Grund des Schreibens des Liquidators vom 9. Juli 1999 wissen müssen, dass der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft eingestellt worden sei und somit keine weiteren Einkünfte mehr erzielt worden seien. Sodann habe ihr bewusst sein müssen, dass nur geringe Aktiven zur Deckung der Forderungen vorhanden gewesen seien. Das weitere Schreiben des Liquidators vom 2. März 2001 mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass nicht einmal genügend finanzielle Mittel zur Durchführung der Liquidation vorhanden gewesen seien, habe zumindest auf einen Teilschaden schliessen lassen. Auch die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister habe klar darauf hingedeutet, dass der Ausgleichskasse ein Schaden entstanden sei. Spätestens mit der Publikation der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister vom ..... 2001 habe die Kasse vom Schaden Kenntnis erhalten, weshalb die Schadenersatzverfügungen vom 24. April 2002 verspätet seien.

Das beschwerdeführende BSV hält dem im Wesentlichen entgegen, Mitteilungen des Schuldners oder seines Vertreters genügten nicht für die Kenntnis des Schadens durch die Ausgleichskasse, ebenso wenig die Auflösung der Gesellschaft in Anwendung von Art. 708 Abs. 4 OR in Verbindung mit Art. 86 Abs. 2 HRegV, weil sich daraus nicht ableiten lasse, dass die geschuldeten Beiträge nicht mehr bezahlt werden könnten. Generell könne die Ausgleichskasse nicht vor der Konkurseröffnung Kenntnis vom Schaden haben. Im vorliegenden Fall sei der Zeitpunkt der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven massgebend, weshalb die Schadenersatzverfügungen rechtzeitig erlassen worden seien.
4.2 Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, dass die Mitteilungen des Liquidators vom 9. Juli 1999 und 2. März 2001 und der Umstand, dass die Gesellschaft den Betrieb Ende ..... 1999 eingestellt hatte, darauf schliessen liessen, dass der Ausgleichskasse ein Verlust drohte. Dies genügt nach der Rechtsprechung (Erw. 3 hievor) indessen nicht für die Annahme, die Verwaltung habe bereits auf Grund dieser Mitteilungen, spätestens aber im Zeitpunkt der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister vom ..... 2001 Kenntnis vom Schaden im Sinne von aArt. 82 Abs. 1 AHVV erlangt. Was die Mitteilungen des von den Beschwerdegegnern mit der Auflösung der Gesellschaft beauftragten Rechtsanwaltes betrifft, ist mit dem BSV festzustellen, dass die ausnahmsweise Vorverlegung des Zeitpunktes der Schadenskenntnis eng mit den Gläubigerpflichten der Ausgleichskasse im Konkurs- und Nachlassverfahren verbunden ist. Es rechtfertigt sich daher, grundsätzlich nur offizielle Verlautbarungen (Mitteilungen des Konkursamtes bei Gläubigerversammlungen oder des Sachwalters im Nachlassverfahren) als fristauslösend zu betrachten (vgl. BGE 128 V 15 ff., 126 V 450 ff., 121 V 240 ff.). Im vorliegenden Fall kommt dazu, dass die Mitteilungen des Schuldners vor der
Konkurseröffnung erfolgten. Auch wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die Gesellschaft zahlungsunfähig war, hatte die Kasse die Beiträge zunächst im Betreibungsverfahren einzufordern. Eine tatsächliche Uneinbringlichkeit und damit ein Schaden liegt erst vor, wenn die Ausgleichskasse in der gegen den Arbeitgeber eingeleiteten Betreibung auf Pfändung zu Verlust gekommen ist (BGE 113 V 258 Erw. 3c). Mangels eines Verlustscheines konnte die Ausgleichskasse keine Schadenersatzverfügungen gegen die Gesellschaftsorgane erlassen. Daraus, dass die Gesellschaft ihren Betrieb Ende ..... 1999 eingestellt hatte und am ..... 2001 im Handelsregister gelöscht wurde, lässt sich ebenfalls keine Kenntnis vom Schaden im Sinne von aArt. 82

Abs. 1 AHVV ableiten. Die Löschung der Gesellschaft erfolgte nicht mangels verwertbarer Aktiven (Art. 89 HRegV), sondern in Anwendung von Art. 86 Abs. 2 HRegV, so dass sich daraus nicht ableiten liess, dass die geschuldeten Beiträge nicht mehr erhoben werden konnten (BGE 126 V 448 oben). Schliesslich hat die Ausgleichskasse auch mit der Konkurseröffnung noch nicht Kenntnis vom Schaden erhalten. Vielmehr war dies erst mit der Veröffentlichung der Einstellung des Konkurses im SHAB vom 2001
der Fall, sodass die Schadenersatzverfügungen vom 24. April 2002 rechtzeitig ergingen. Im Übrigen wäre die Rechtzeitigkeit selbst dann zu bejahen, wenn auf die Publikation der Konkurseröffnung abgestellt würde, welche am ..... 2001 erfolgte.
4.3 Was die Beschwerdegegner in der Vernehmlassung zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorbringen, vermag zu keinem andern Ergebnis zu führen. Richtig ist, dass nach der Rechtsprechung der Schaden dann eingetreten ist, wenn im Hinblick auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die Beiträge nicht mehr im ordentlichen Verfahren eingebracht werden können (BGE 123 V 16 Erw. 5c mit Hinweisen). Entscheidend ist der Zeitpunkt der Entstehung des Schadens indessen nur im Rahmen der absoluten fünfjährigen Verwirkungsfrist von aArt. 82 Abs. 1 AHVV, nicht dagegen bei der relativen einjährigen Frist, welche mit der Kenntnis des Schadens zu laufen beginnt (BGE 126 V 444 Erw. 3a). Massgebend ist, in welchem Zeitpunkt die Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhielt, wobei nach dem Gesagten nicht auf die Mitteilungen des Liquidators abgestellt werden kann. Etwas anderes ergibt sich auch aus BGE 108 V 52 Erw. 5 nicht. Zwar hat das Eidgenössische Versicherungsgericht in diesem Urteil ausgeführt, die Feststellung in EVGE 1957 S. 226, wonach die Ausgleichskasse erst in dem Zeitpunkt nach aArt. 82 Abs. 1 AHVV Kenntnis vom Schaden habe, in dem sie unter Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit erkennen muss, dass die tatsächlichen Gegebenheiten nicht
mehr erlauben, die Beiträge einzufordern, wohl aber eine Schadenersatzforderung nach sich ziehen können, bedeute nicht, dass eine solche Annahme nur dann zulässig wäre, wenn der Verlust durch einen formellen Akt einer das SchKG anwendenden Behörde festgestellt worden sei. Das Gericht hat indessen weder in jenem noch in späteren Fällen je auf eine Information seitens der Beitragspflichtigen abgestellt, um eine ausnahmsweise vorzeitige Schadenskenntnis zu begründen. Insbesondere aber konnten die Gesellschaftsorgane vor der Konkurseröffnung mangels eines Pfändungsverlustscheines schadenersatzrechtlich gar nicht belangt werden. Es war bis dahin kein Schaden eingetreten, welcher Gegenstand einer Schadenersatzverfügung hätte bilden können (BGE 113 V 258 Erw. 3c i.f.). Auch wenn die Ausgleichskasse aufgrund der Mitteilungen des Liquidators vom 9. Juli 1999 und 2. März 2001 damit rechnen musste, dass sie mit der Beitragsforderung zu Verlust kommen werde, war sie im Hinblick auf die Subsidiarität der Organhaftung nicht befugt, die Beitragsausstände gestützt auf Art. 52 AHVG bei den Organen der Gesellschaft geltend zu machen. Daran hat nichts geändert, dass die Gesellschaft Ende ..... 1999 ihren Betrieb einstellte und am 2001
aufgelöst wurde. Zum einen erfolgte die Auflösung der Gesellschaft nicht mangels Aktiven, sondern weil die Gesellschaft über kein gesetzmässiges Domizil mehr verfügte (Art. 88a HRegV). Zum andern war die Liquidation bis zur Konkurseröffnung und auch im Zeitpunkt des Erlasses der Schadenersatzverfügungen nicht abgeschlossen.
5.
Nach dem Gesagten lässt sich der angefochtene Entscheid mit dem Bundesrecht (aArt. 82 Abs. 1 AHVV) nicht vereinbaren. Mit der Feststellung, dass die Schadenersatzverfügungen vom 24. April 2002 rechtzeitig ergingen, ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie über die Klage neu entscheide.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der Entscheid des Obergerichts des Kantons Uri vom 27. Oktober 2003 aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung an das kantonale Gericht zurückgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Obergericht des Kantons Uri, Verwaltungsrechtliche Abteilung, und der Hotela Ausgleichskasse des SHV und des SRV, zugestellt.
Luzern, 21. September 2004
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Die Präsidentin der III. Kammer: Der Gerichtsschreiber: