[AZA 7]
H 122/00
H 123/00
H 127/00 Gb

I. Kammer

Präsident Schön, Bundesrichter Borella, Bundesrichterin
Leuzinger, Bundesrichter Rüedi und Frésard; Gerichtsschreiber
Nussbaumer

Urteil vom 22. Januar 2002

in Sachen

1. H._____, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Silvio C.
Bianchi, Martinsplatz 8, 7000 Chur,

2. S._____, vertreten durch Rechtsanwalt Bernhard
Stadelmann, Schöneggstrasse 6, 6048 Horw,

3. B._____, vertreten durch Rechtsanwalt Oliver
Willimann, Grossmünsterplatz 9, 8001 Zürich,
Beschwerdeführer,

gegen
Ausgleichskasse für Gewerbe, Handel und Industrie in Graubünden, Steinbockstrasse 8, 7000 Chur, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marco Ettisberger, Poststrasse 43/Martinsplatz, 7000 Chur,

und
Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, Chur
A.- B._____ war Verwaltungsratspräsident, S._____ Verwaltungsrat und H._____ Direktor der Firma X._____ AG mit Sitz in Y._____. Nachdem die Gesellschaft bereits in den Jahren 1994 und 1995 die paritätischen Sozialversicherungsbeiträge erst auf Mahnungen und Betreibungen hin beglichen hatte, blieb sie die Pauschalzahlungen ab März 1996 der Ausgleichskasse für Gewerbe, Handel und Industrie in Graubünden (nachfolgend: Ausgleichskasse) schuldig. Am 9. Oktober 1996 leitete die Ausgleichskasse die Betreibung über eine Gesamtforderung von Fr. 132 607. 20 ein. Nachdem kein Rechtsvorschlag erfolgte, stellte sie am 30. November 1996 das Fortsetzungsbegehren.
Am 10. Dezember 1996 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet. Die Ausgleichskasse liess daraufhin am 23. Dezember 1996 eine Arbeitgeberkontrolle durchführen. Am 30. Januar 1997 wurde das Konkursverfahren mangels Aktiven wieder eingestellt. Die Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) erfolgte am 7. Februar 1997. Da ein Gläubiger innert Frist die Durchführung des Konkurses verlangte und den Kostenvorschuss von Fr. 30 000.- bezahlte, wurde das Konkursverfahren im ordentlichen Verfahren durchgeführt.

Am 5. März 1997 fand die erste Gläubigerversammlung statt. Mit Eingaben vom 24. März 1997 und vom 23. Juni 1997 meldete die Ausgleichskasse eine Forderung von insgesamt Fr. 197 279. 75 an. Diesen Betrag machte sie mit Verfügungen vom 20. Februar 1998 gegenüber B._____, S._____ und H._____ in solidarischer Haftbarkeit geltend unter gleichzeitiger Abtretung einer allfälligen Konkursdividende.

B.- Die auf Einspruch hin von der Ausgleichskasse für Gewerbe, Handel und Industrie in Graubünden gegen die drei belangten Organe eingereichten Klagen hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden mit Entscheiden vom 16. November 1999 gut und verpflichtete die drei Beklagten, der Klägerin gegen Abtre-

tung einer allfälligen Konkursdividende Schadenersatz in Höhe von Fr. 190 673. 90 in solidarischer Haftbarkeit zu bezahlen.
C.- B._____, S._____ und H._____ lassen je Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Antrag, es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Die Ausgleichskasse lässt auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerden schliessen. Das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) beantragt in den Verfahren von S._____ und B._____ je die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während es im Verfahren von H._____ auf eine Vernehmlassung verzichtet. Als Beigeladene in den Verfahren der andern Beschwerdeführer reichen B._____ und S._____ jeweils eine Vernehmlassung ein, ohne einen bestimmten Antrag zu stellen, während H._____ darauf verzichtet.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Da den drei Verwaltungsgerichtsbeschwerden derselbe Sachverhalt zugrunde liegt und sich die gleichen Rechtsfragen stellen, rechtfertigt es sich, die drei Verfahren zu vereinigen und in einem einzigen Urteil zu erledigen (BGE 123 V 215 Erw. 1, 120 V 466 Erw. 1 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 127 V 33 Erw. 1, 157 Erw. 1, 126 V 285 Erw. 1; Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Bd. 1, S. 343 unten f.).

2.- Auf die drei Verwaltungsgerichtsbeschwerden kann nur soweit eingetreten werden, als eine Schadenersatzforderung kraft Bundesrechts streitig ist. Im vorliegenden Verfahren ist deshalb auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerden in dem Umfang nicht einzutreten, als sie sich gegen die Schadenersatzforderungen für entgangene Beiträge an die kantonale Familienausgleichskasse richten (vgl. BGE 119 V 80 Erw. 1b, 118 V 69 Erw. 1b mit Hinweis).
3.- Da es sich bei den angefochtenen Verfügungen 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).

4.- Die rechtlichen Grundlagen (Art. 52 AHVG, Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV) und die zur subsidiären Haftbarkeit der Organe (vgl. statt vieler BGE 123 V 15 Erw. 5b) sowie zur Haftungsvoraussetzung des zumindest grobfahrlässigen Verschuldens (BGE 108 V 186 Erw. 1b, 193 Erw. 2b; ZAK 1985 S. 576 Erw. 2, 619 Erw. 3a) ergangene Rechtsprechung finden sich in den drei angefochtenen Entscheiden zutreffend wiedergegeben. Darauf kann verwiesen werden.

5.- a) Nach Art. 82 Abs. 1 AHVV "verjährt" die Schadenersatzforderung, wenn sie nicht innert Jahresfrist seit Kenntnis des Schadens durch Erlass einer Schadenersatzverfügung geltend gemacht wird. Bei dieser Frist handelt es sich entgegen dem Wortlaut der Bestimmung um eine Verwirkungsfrist, die von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (BGE 126 V 444 Erw. 3a und 451 Erw. 2a, je mit Hinweisen).
Wird der Konkurs weder im ordentlichen noch im summarischen Verfahren durchgeführt, fällt die zumutbare Kenntnis des Schadens und der Eintritt desselben in der Regel mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven zusammen, wobei der Publikationszeitpunkt der Konkurseinstellung im SHAB massgeblich ist (ZAK 1990 S. 289 Erw. 4b und S. 290 Erw. 4c/bb; Nussbaumer, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Art. 52 AHVG, in: ZAK 1991 S. 383 ff., 433 ff., insbesondere S. 390). Voraussetzung für eine ausreichende Kenntnis des Schadens ist aber, dass die Ausgleichskasse zu diesem Zeitpunkt bereits alle tatsächlichen Umstände über die Existenz, die Beschaffenheit und die wesentlichen Merkmale des Schadens sowie die Person des Ersatzpflichtigen 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 126 V 445 Erw. 3c mit Hinweisen).

b) Zur Frage, ob die Durchführung des Konkurses auf Grund eines Gläubigerbegehrens mit Kostensicherstellung im Sinne von Art. 230 Abs. 2 SchKG den Beginn der Verwirkungsfrist verschiebt, hat das Eidgenössische Versicherungsgericht bereits im nicht veröffentlichten Urteil D. vom 28. September 1995 (H 105/95) Stellung bezogen. Es verneinte die Frage für das summarische Verfahren und verwies zur Begründung im Wesentlichen auf das nicht veröffentlichte Urteil F. vom 11. Juli 1995 (H 72/95), in welchem Fall zwar das Konkursverfahren mangels Kostensicherstellung gerade nicht durchgeführt worden ist. Diese Rechtsprechung hat es unlängst im Urteil J. vom 4. September 2001 (H 300/00) beiläufig bestätigt.
Im Unterschied zu dieser Rechtsprechung vertritt das kantonale Gericht die vom BSV unterstützte Auffassung, die Schadenersatzverfügung sei rechtzeitig erlassen worden, da ein Gläubiger den Kostenvorschuss geleistet habe, sodass der Konkurs nicht eingestellt worden sei, sondern im ordentlichen Verfahren durchgeführt werde. Es sei kaum davon auszugehen, dass ein Gläubiger einen ansehnlichen Kostenvorschuss bezahle, ohne die begründete Hoffnung zu haben, es seien noch in erheblichem Ausmass Aktiven in der Konkursmasse vorhanden. Dies gelte im vorliegenden Fall umso mehr, als der bevorschussende Gläubiger Finanzfachmann sei und selbst bis Ende 1995 Verwaltungsrat der konkursiten Firma gewesen sei und damit deren Verhältnisse viel besser habe einschätzen können als andere Gläubiger. Dies zeigten auch die Aussagen in einem Zeitungsartikel vom 18. Februar 1997. Die Ausgleichskasse habe als in der zweiten Klasse privilegierte Gläubigerin bis zur ersten Gläubigerversammlung in guten Treuen von der Deckung ihrer Forderung ausgehen dürfen.

c) Nach der Konkurseröffnung wird über das zur Konkursmasse gehörende Vermögen ein Inventar aufgenommen (Art. 221 SchKG). Der Zweck des Inventars liegt darin, sich einen Überblick über die Vermögensverhältnisse des Schuldners zu verschaffen, das Vermögen zu sichern und eine Grundlage für den Entscheid bezüglich des weiteren Verfahrens (Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven, summarisches oder ordentliches Verfahren) zu schaffen (Urs Lustenberger, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, N 6 zu Art. 221 SchKG). Im Inventar werden sämtliche Vermögenswerte mit dem Schätzwert aufgenommen (Art. 221-227 SchKG; Art. 25-34 KOV; Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts,
6. Aufl. , S. 350 Rz 11 zu § 44). Wird "keinerlei in die Masse gehörendes Vermögen vorgefunden" (Art. 230 Abs. 1 SchKG in der bis Ende 1996 geltenden Fassung) oder "reicht die Konkursmasse voraussichtlich nicht aus, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken" (Art. 230 Abs. 1 SchKG in der ab 1. Januar 1997 gültigen Fassung), so entscheidet das Konkursgericht auf Antrag des Konkursamtes nach Prüfung der Sachlage über die Frage der Konkurseinstellung mangels Aktiven. Es hat sich darüber ein selbstständiges Urteil zu bilden, insbesondere ob erhobene Drittansprüche anerkannt werden müssen und Anfechtungsklagen irgendwelcher Art nicht möglich oder ohne jede Aussicht auf Erfolg sind (Jaeger/ Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl. S. 358 N 6 zu Art. 230 SchKG). Damit existiert für den Zeitpunkt des Einstellungsbeschlusses ein gerichtlich überprüftes Inventar, wonach zu wenig Vermögenswerte vorhanden sind, um wenigstens das summarische Konkursverfahren durchzuführen. Die Situation verhält sich für die Frage der Schadenskenntnis ähnlich wie mit Bezug auf die erste Gläubigerversammlung im ordentlichen Verfahren, wenn der Bericht des Konkursamtes über die Aufnahme des Inventars und den
Bestand der Masse vorliegt (Art. 237 Abs. 1 SchKG), der geeignet ist, die fristauslösende Kenntnis zumindest im Sinne eines Teilschadens zu verschaffen (BGE 126 V 450). Realistischerweise kann daher die Ausgleichskasse im Zeitpunkt der Publikation der Einstellung (Art. 230 Abs. 2 SchKG) nicht davon ausgehen, dass bei Durchführung des Konkurses ihre (privilegierte) Beitragsforderung gedeckt werde. Ohnehin kann es nicht auf die der Ausgleichskasse in den meisten Fällen unbekannten Motive des bevorschussenden Gläubigers ankommen. Die zumutbare Kenntnis des Schadens und der Eintritt desselben fällt daher in der Regel mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven zusammen, unabhängig davon, ob allenfalls in der Folge das summarische oder ordentliche Konkursverfahren durchgeführt wird.

d) Im vorliegenden Fall wurde über die der Beschwerdegegnerin angeschlossene Aktiengesellschaft am 10. Dezember 1996 der Konkurs eröffnet. Am 23. Dezember 1996 fand die Arbeitgeberkontrolle statt (vgl. Art. 162 Abs. 1 AHVV), die eine nicht abgerechnete beitragspflichtige Lohnsumme von Fr. 1'825'022. 10 ergab. Gestützt darauf war die Beschwerdegegnerin - unabhängig von der vom BSV erwähnten, hinsichtlich einer Arbeitnehmerin bestehenden Unklarheit über die Beitragspflicht - in der Lage, die Höhe ihrer Beitragsforderung und damit die Höhe ihres Schadens zu beziffern, als am 7. Februar 1997 die Publikation der Konkurseinstellung

im SHAB erfolgte. Tags darauf begann jeweils die einjährige Verwirkungsfrist des Art. 82 Abs. 1 AHVV zu laufen (nicht veröffentlichtes Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen F. vom 11. Juli 1995, H 72/95). Die drei Schadenersatzverfügungen vom 20. Februar 1998 ergingen damit nach deren Ablauf, sodass die drei Schadenersatzforderungen verwirkt sind.

6.- Die Beschwerdegegnerin unterliegt bei diesem Verfahrensausgang - abgesehen vom unbedeutenden Nebenpunkt der auf kantonalem Recht beruhenden Schadenersatzforderungen - praktisch vollständig. Sie ist daher kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 134 OG e contrario, Art. 135 in Verbindung mit Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG).
Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. In Gutheissung der drei Verwaltungsgerichtsbeschwerden,
soweit darauf einzutreten ist, werden die Entscheide
des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden
vom 16. November 1999 aufgehoben und die drei Schadenersatzklagen,
soweit sie die bundesrechtlichen Forderungen
betreffen, abgewiesen.

II. Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 6'000.- werden der Ausgleichskasse für Gewerbe, Handel und Industrie in Graubünden auferlegt.

III. Die geleisteten Kostenvorschüsse werden den Beschwerdeführern B._____ (Fr. 6'000.-), S._____ (Fr. 6'000.-) und H._____ (Fr. 5'987.-) zurückerstattet.

IV. Die Ausgleichskasse für Gewerbe, Handel und Industrie in Graubünden hat den Beschwerdeführern für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht

Parteientschädigungen von je Fr. 8'000.- (einschliesslich
Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

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

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

Luzern, 22. Januar 2002

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der I. Kammer:

Der Gerichtsschreiber: