Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 284/03
H 285/03

Urteil vom 25. April 2005
IV. Kammer

Besetzung
Präsident Ferrari, Bundesrichter Ursprung und nebenamtlicher Richter Bühler; Gerichtsschreiber Lanz

Parteien
H 284/03

1. A._____,
2. B._____,

Beschwerdeführer, beide vertreten durch Fürsprecher Prof. Dr. Jürgen Brönnimann, Bollwerk 15, 3001 Bern,

gegen

Ausgleichskasse Berner Arbeitgeber (AKBA), Schwarztorstrasse 56, 3007 Bern, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Fürsprecher Jean-Louis Scheurer, Insstrasse 23, 3236 Gampelen,

und

H 285/03
C._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Pasquino Bevilacqua, Melchnaustrasse 1, 4901 Langenthal,

gegen

Ausgleichskasse Berner Arbeitgeber (AKBA), Schwarztorstrasse 56, 3007 Bern, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Fürsprecher Jean-Louis Scheurer, Insstrasse 23, 3236 Gampelen,

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

(Entscheid vom 28. August 2003)

Sachverhalt:
A.
A._____ war Präsident, B._____ und C._____ waren Mitglieder des Verwaltungsrates der Firma X._____ AG, einer als Arbeitgeberin der Ausgleichskasse Berner Arbeitgeber (AKBA) angeschlossenen Firma. Am 24. Juni 1998 ersuchte die Firma X._____ AG um Nachlassstundung, welche vom Nachlassrichter am 9. Juli 1998 unter Einsetzung einer Sachwalterin bewilligt und in der Folge wiederholt verlängert

wurde. Die AKBA gab eine Forderung für ausstehende Sozialversicherungsbeiträge und Verwaltungskosten von gesamthaft Fr. 752'515.- ein. In der Folge kam ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zustande, der an der Gläubigerversammlung vom 10. Januar 2000 angenommen und am 23. März 2000 gerichtlich bestätigt wurde. Mit Zirkularschreiben vom 21. Dezember 2000 teilte die Liquidatorin den Gläubigern mit, gemäss dem zwischenzeitlich erstellten und ab 5. Januar 2001 aufliegenden Kollokationsplan betrage die Dividende für die Forderungen der dritten Klasse, worunter die der AKBA, mutmasslich 12 - 15 %. Mit Verfügungen vom 18. Dezember 2001 forderte die Ausgleichskasse von A._____, B._____ und C._____ Schadenersatz für entgangene Sozialversicherungsbeiträge in der Höhe von Fr. 605'522.15 (einschliesslich FAK-Beiträge, Verwaltungskosten, Mahngebühren und Betreibungskosten). Alle drei Belangten erhoben Einspruch.

B.

Mit Klagen vom 20. Februar und 4. März 2002 beantragte die AKBA, A._____, B._____ und C._____ seien zu verpflichten, Schadenersatz in der Höhe von Fr. 592'392.10 zu bezahlen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern vereinigte die Verfahren und hiess die Klagen teilweise gut, indem es die Beklagten unter solidarischer Haftung verpflichtete, der Kasse Schadenersatz von Fr. 453'018.80 zu bezahlen, unter Abtretung einer allfälligen Nachlassdividende. Für den darüber hinaus gehenden Betrag schrieb es das Verfahren als gegenstandslos ab (Entscheid vom 28. Juni 2003).

C.

C._____ lässt mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragen, der kantonale Entscheid sei aufzuheben und die gegen ihn erhobene Schadenersatzklage sei abzuweisen; eventualiter sei die Streitsache zur Sachverhaltsergänzung und neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. A._____ und B._____ lassen gemeinsam Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, in Bezug auf die der Kasse zugesprochenen AHV-, IV-, EO- und ALV-Beiträge, Verwaltungskosten und Mahngebühren seien der kantonale Entscheid aufzuheben und die Schadenersatzklagen abzuweisen.

Die AKBA schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerden. C._____ sowie A._____ und B._____ haben zur jeweils anderen Verwaltungsgerichtsbeschwerde als Beigeladene Stellung genommen. Das Bundesamt für Sozialversicherung verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Da den beiden Verwaltungsgerichtsbeschwerden derselbe Sachverhalt zu Grunde liegt, sich die gleichen Rechtsfragen stellen und die Rechtsmittel den nämlichen vorinstanzlichen Entscheid betreffen, rechtfertigt es sich, die beiden Verfahren zu vereinigen und in einem einzigen Urteil zu erledigen (BGE 128 V 126 Erw. 1 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 128 V 194 Erw. 1).

2.

Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerden 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).

3.

Da keine Versicherungsleistungen streitig sind, hat das Eidgenössische Versicherungsgericht nur zu prüfen, 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).

Entsprechend dem Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen beschränkt sich das Eidgenössische Versicherungsgericht nicht darauf, den Streitgegenstand bloss im Hinblick auf die von den Parteien aufgeworfenen Rechtsfragen zu überprüfen. Es kann eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutheissen oder abweisen aus anderen Gründen als vom Beschwerdeführer vorgetragen oder von der Vorinstanz erwogen (Art. 114 Abs. 1 am Ende in Verbindung mit Art. 132 OG, BGE 124 V 340 f. Erw. 1b mit Hinweisen; vgl. auch BGE 125 V 500 Erw. 1 mit Hinweisen sowie BGE 128 II 150 f. Erw. 1.2.2 und 127 II 268 Erw. 1b mit Hinweisen)

4.

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, insbesondere auch hinsichtlich der Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG, geändert sowie Art. 81 und 82 AHVV aufgehoben worden. Weil in zeitlicher Hinsicht aber diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 130 V 3 ff. Erw. 3, 129 V 4 Erw. 1.2), kommen im vorliegenden Fall jedoch die bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Bestimmungen zur Anwendung.
5.
Die Beschwerdeführer machen zunächst geltend, das kantonale Gericht habe in verschiedener Weise ihre Verfahrensrechte verletzt. Diese Rügen wären aufgrund ihrer formellrechtlichen Natur vorab zu prüfen. Ob sie begründet sind, was gegebenenfalls die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung rechtfertigen könnte, kann aber offen bleiben, da die Verwaltungsgerichtsbeschwerden ohnehin infolge Verwirkung der Schadenersatzforderung gutzuheissen sind, wie sich nachstehend ergibt.
6.
6.1 Das kantonale Gericht hat die Verordnungsbestimmung, wonach die Schadenersatzforderung "verjährt", wenn sie nicht innert Jahresfrist seit Kenntnis des Schadens durch Erlass einer Schadenersatzverfügung geltend gemacht wird (Art. 82 Abs. 1 AHVV, in Kraft gewesen bis Ende 2002) richtig wiedergegeben. Dasselbe gilt für die Rechtsprechung, wonach es sich bei dieser Frist entgegen dem Wortlaut der Bestimmung um eine Verwirkungsfrist handelt, die von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (BGE 128 V 12 Erw. 5a mit Hinweisen). Zutreffend ist auch, dass Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 82 Abs. 1 AHVV in der Regel von dem Zeitpunkt an gegeben ist, 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 mit Hinweisen).
6.2 Im angefochtenen Entscheid wird erwogen, die Ausgleichskasse habe frühestens mit dem Zirkulationsschreiben der Liquidatorin vom 21. Dezember 2000, worin auf die bevorstehende Auflegung des Kollokationsplanes und die danach zu erwartende Dividende hingewiesen wurde, Kenntnis vom Schaden erhalten. Die Schadenersatzforderungen vom 18. Dezember 2001 seien somit rechtzeitig innert der einjährigen Verwirkungsfrist nach Art. 82 Abs. 1 AHVV ergangen.

Das kantonale Gericht stützt sich dabei auf die Rechtsprechung, wonach der Gläubiger im Konkursverfahren und gleichermassen bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung in der Regel (bereits) dann ausreichende Kenntnis des Schadens hat, wenn die Kollokation der Forderungen eröffnet wird. In diesem Zeitpunkt ist oder wäre der Gläubiger im Allgemeinen in der Lage, den Stand der Aktiven, die Kollokation seiner Forderung und die voraussichtliche Dividende zu kennen (BGE 128 V 17 Erw. 2a, 119 V 92 Erw. 3 je mit Hinweisen).
6.3 Bei Vorliegen besonderer Umstände kann die geschädigte Partei jedoch bereits vor Auflage des Kollokationsplanes Kenntnis vom Schaden erhalten. So darf nach der Rechtsprechung von einer Kasse verlangt werden, dass sie sich bei der ersten Gläubigerversammlung vertreten lässt oder deren Protokoll anfordert, da ihre Sorgfaltspflicht gebietet, die Entwicklung des Konkursverfahrens zu verfolgen. Ist bereits in jenem Zeitpunkt absehbar, dass sie einen Schaden erleiden wird, so beginnt die einjährige Frist zu laufen. Selbst die Kenntnis eines Teilschadens reicht aus, um die in Art. 82 Abs. 1 AHVV vorgesehene Frist in Gang zu setzen (BGE 128 V 17 f. Erw. 2a mit Hinweisen).
6.4 Was im Besonderen das Nachlassverfahren betrifft, hat das Eidgenössische Versicherungsgericht im Urteil H. vom 1. Februar 1995 (AHI 1995 S. 159) umschrieben, wie sich die Ausgleichskasse als Gläubigerin zu verhalten hat, wenn die Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung verweigert wird. Danach ist von der Kasse zu fordern, dass sie sich über die Gründe der Verweigerung erkundigt und gegebenenfalls die notwendigen Schritte unternimmt, um die Verwirkungsfrist zu wahren. Sie muss aktiv und interessiert auftreten, jedenfalls ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung des Dispositivs des die Bestätigung verweigernden Entscheids (AHI 1995 S. 163 f. Erw. 4c). Diese Grundsätze gelten auch im Falle des Widerrufs einer Nachlassstundung (BGE 128 V 19 Erw. 3b und c).
6.5 Bei genehmigtem Nachlassvertrag kann sich die Frage des Schadenseintritts praktisch nur für Sachverhalte stellen, die in den Zeitraum fallen, in welchem die Beitragsforderungen der Ausgleichskasse nicht in der zweiten Klasse privilegiert waren (1. Januar bis 31. Dezember 2000; BGE 126 V 443). Für die Zeit ab 1. Januar 2001 sind Haftungsfälle wegen der bei 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 G. vom 2. Februar 2005, H 86/02, Erw. 3 mit Hinweisen).

Einen in den besagten Zeitraum ohne Privilegierung von Beitragsforderungen fallenden Sachverhalt mit genehmigtem Nachlassvertrag, wie er auch hier vorliegt, hatte das Eidgenössische Versicherungsgericht im Urteil M. vom 2. Dezember 2003 (H 295/02) zu beurteilen. Es erwog, als frühestmöglicher Zeitpunkt der Schadenskenntnis und damit des Beginns der Jahresfrist gemäss Art. 82 Abs. 1 AHVV sei der Empfang der Einladung zur - zwecks Vorlage des Nachlassvertrages einberufenen (Art. 301 Abs. 1 SchKG) - Gläubigerversammlung und des beigelegten Nachlassvertragsentwurfes zu betrachten (vgl. auch Urteil G. vom 2. Februar 2005, H 86/02, Erw. 4.1 mit weiteren Hinweisen). Das Gericht hat im erwähnten Urteil ausdrücklich 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.
6.6 Vorliegend wurde der Nachlassvertrag am 23. März 2000 gerichtlich bestätigt mit Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 63 vom 29. März 2000. Spätestens in diesem Zeitpunkt hatte die Ausgleichskasse nach dem zuvor Gesagten Kenntnis vom Schaden und begann die einjährige Frist nach Art. 82 Abs. 1 AHVV zu laufen. Die Frist wurde mit Erlass und Versand (vgl. BGE 119 V 89) der Verfügungen vom 18. Dezember 2001 nicht gewahrt, weshalb die Schadenersatzforderung verwirkt ist.

Ob gegebenenfalls von einer früheren Kenntnis der Kasse vom Schaden auszugehen wäre, kann offen bleiben. Daher erübrigen sich Weiterungen zu dem von A._____ und B._____ eingereichten Einladungsschreiben vom 6. Dezember 1999 zur Gläubigerversammlung vom 10. Januar 2000, namentlich auch zur prozessualen Zulässigkeit dieses erst letztinstanzlich und nach Ablauf der Frist für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aufgelegten Beweismittels.
6.7 Festzuhalten bleibt, dass für die Durchführung einer mündlichen Parteiverhandlung nach Art. 112 OG (in Verbindung mit Art. 132 OG), wie sie C._____ vorsorglich beantragt, kein Anlass besteht.
7.
Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Seinem Ausgang entsprechend gehen die Kosten zu Lasten der Beschwerdegegnerin (Art. 156 Abs. 1 OG), welche überdies die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer zu entschädigen hat (Art. 159 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verfahren H 284/03 und H 285/03 werden vereinigt.
2.
In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerden, soweit auf sie einzutreten ist, wird der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, vom 28. August 2003, soweit er bundesrechtliche Forderungen betrifft, aufgehoben, und es werden die Schadenersatzklagen der Ausgleichskasse Berner Arbeitgeber vom 20. Februar und 3. März 2002 in diesem Umfang abgewiesen.
3.
Die Gerichtskosten von Fr. 10'000.- werden der Ausgleichskasse Berner Arbeitgeber auferlegt.
4.
Die geleisteten Kostenvorschüsse von Fr. 30'000.- werden den Beschwerdeführern zurückerstattet.
5.
Die Ausgleichskasse Berner Arbeitgeber hat den Beschwerdeführern 1 und 2, vertreten durch Fürsprecher Prof. Dr. Jürgen Brönnimann, Bern, für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 5000.- und dem Beschwerdeführer 3, vertreten durch Fürsprecher Pasquino Bevilacqua, Langenthal, eine solche von Fr. 3500.- (jeweils einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6.
Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern wird über Parteientschädigungen für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesse zu befinden haben.
7.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.
Luzern, 25. April 2005
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der IV. Kammer: Der Gerichtsschreiber: