[AZA 7]
I 553/01 Gb

I. Kammer

Präsident Schön, Bundesrichter Borella, Bundesrichterin
Leuzinger, Bundesrichter Rüedi und nebenamtlicher Richter
Maeschi; Gerichtsschreiber Arnold

Urteil vom 28. Juni 2002

in Sachen
Bundesamt für Sozialversicherung, Effingerstrasse 20, 3003 Bern, Beschwerdeführer,

gegen
S._____ AG, Beschwerdegegnerin,

und
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

A.- Mit Verfügungen vom 5. Oktober 1993 sprach die Ausgleichskasse Metall (heute: Promea) dem vom 3. März 1986 bis 31. August 1993 bei der S._____ AG angestellt gewesenen B._____ ab 1. September 1991 eine halbe Invalidenrente zu. Die Leistungen für die Zeit vom 1. September 1991 bis 31. August 1993 im Betrag von Fr. 27'976.- zahlte sie am 17. Dezember 1993 der Arbeitgeberin aus. Diese hatte geltend gemacht, sie habe dem Versicherten trotz verminderter Arbeitsfähigkeit den vollen Lohn ausgerichtet und damit Vorschusszahlungen im Betrag von Fr. 45'000.- erbracht. Das Rechtsbegehren des B._____ auf Rentenauszahlung an ihn persönlich wies die Ausgleichskasse mit Verfügung vom 28. Juli 1995 ab. In Gutheissung der hiegegen erhobenen Beschwerde stellte das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 4. September 1997 fest, dass die strittigen Rentenbetreffnisse dem Versicherten zustünden.
Der Entscheid wurde auch der S._____ AG zugestellt und erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Gestützt darauf forderte die IV-Stelle des Kantons Zürich von der S._____ AG die Rückzahlung der ausbezahlten Invalidenrenten im Betrag von Fr. 27'976.-, zuzüglich Verzugszinsen von 5 % ab 17. Dezember 1993, an die Ausgleichskasse Promea (Verfügung vom 10. Dezember 1997). Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich insoweit teilweise gut, als die Gesellschaft zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet worden war; im Übrigen wies es die Rechtsvorkehr ab (Entscheid vom 23. Februar 1998). Die von der S._____ AG eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde wies das Eidgenössische Versicherungsgericht mit Urteil vom 18. September 1998 (I 133/98) ab.

Nachdem die S._____ AG von der Ausgleichskasse Promea zur Rückerstattung des Betrages von Fr. 27'976.- aufgefordert worden war und die Firma sich auch nach Mahnung und eingeleiteter Betreibung weigerte, die Zahlung zu leisten, beauftragte die Ausgleichskasse die IV-Stelle des Kantons Zürich mit der Eintreibung der Forderung. Diese prüfte die Erlassfrage und erliess nach Einholung einer Stellungnahme des Bundesamtes für Sozialversicherung (BSV) am 16. März 2001 eine Verfügung, worin sie die Erlassvoraussetzungen des guten Glaubens und der grossen Härte bejahte, einen Erlass jedoch mit der Begründung ablehnte, dass sie an die gegenteilige Weisung des BSV gebunden sei.
B.- Mit unbegründetem Entscheid vom 8. Mai 2001 hiess das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich die von der S._____ AG erhobene Beschwerde gut, hob die Verfügung der IV-Stelle vom 3. Oktober 2000 (recte: 16. März 2001) auf und hiess das Gesuch um Erlass der Rückforderung im Betrag von Fr. 27'976.- gut. Auf entsprechende Begehren stellte das kantonale Gericht den Parteien und dem BSV am 8. August 2001 die schriftliche Urteilsbegründung zu.

C.- Das BSV führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben.

Zur Begründung wird im Wesentlichen vorgebracht, es fehle an der Erlassvoraussetzung der grossen Härte, weil die S._____ AG im Zeitpunkt, in welchem sie zu bezahlen hatte, nicht überschuldet gewesen sei und eine Überschuldung auch nicht unmittelbar gedroht habe.
Die S._____ AG beantragt Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.
Die IV-Stelle des Kantons Zürich und der als Mitbeteiligter beigeladene B._____ verzichten auf Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdegegnerin die Rückerstattung zu erlassen ist. Nach ständiger Rechtsprechung geht es dabei nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen im Sinne von Art. 132 OG (BGE 122 V 223 Erw. 2, 112 V 100 Erw. 1 b, je mit Hinweisen). Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat daher lediglich zu prüfen, ob der vorinstanzliche Richter 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.- a) Nach Art. 49 IVG ist für die Rückerstattung unrechtmässig bezogener Leistungen Art. 47 AHVG anwendbar.
Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung sind unrechtmässig bezogene Renten und Hilflosenentschädigungen zurückzuerstatten; bei gutem Glauben und gleichzeitigem Vorliegen einer grossen Härte kann von der Rückforderung abgesehen werden. Wurde die Rente gemäss Art. 76 Abs. 1 AHVV einer Drittperson oder einer Behörde ausgerichtet, so ist diese rückerstattungspflichtig (Art. 78 Satz 2 AHVV). Behörden, welchen die Renten gemäss Art. 76 Abs. 1 AHVV ausbezahlt wurden, können sich nicht auf die grosse Härte berufen (Art. 79 Abs. 1 Satz 2 AHVV). Sie haben daher grundsätzlich keinen Erlassanspruch (ZAK 1964 S. 181).

b) Für juristische Personen, welche als Dritte gemäss Art. 76 AHVV Rentenzahlungen entgegennehmen, fehlt eine ausdrückliche Regelung der Frage des Erlasses. Art. 79 Abs. 1 AHVV spricht lediglich vom Rückerstattungspflichtigen selbst beziehungsweise seinem gesetzlichen Vertreter.
Rechtsprechungsgemäss steht die Erlassmöglichkeit aber auch juristischen Personen offen, wenn diese als Dritte zu Unrecht ausgerichtete Leistungen bezogen haben. In diesem Sinn hat das Eidgenössische Versicherungsgericht beim Erlass von Beiträgen gemäss Art. 40 AHVV (BGE 113 V 251 Erw. 2c) und bei der Rückerstattung zu Unrecht ausgerichteter Leistungen der Arbeitslosenversicherung gemäss Art. 95 AVIG (BGE 122 V 274 Erw. 4 in fine; ARV 2001 Nr. 18 S. 160) geurteilt. Zu einem andern Entscheid besteht auch im Rahmen von Art. 47 AHVG und Art. 49 IVG kein Grund.

3.- a) Der gute Glaube als Erlassvoraussetzung ist nicht schon mit der Unkenntnis des Rechtsmangels gegeben.
Vielmehr darf sich der Leistungsempfänger nicht nur keiner böswilligen Absicht, sondern auch keiner Nachlässigkeit schuldig gemacht haben. Daraus erhellt, dass der gute Glaube von vornherein entfällt, wenn die zu Unrecht erfolgte Leistungsausrichtung auf eine arglistige oder grobfahrlässige Melde- oder Auskunftspflichtverletzung zurückzuführen ist. Anderseits kann sich der Rückerstattungspflichtige auf den guten Glauben berufen, wenn sein fehlerhaftes Verhalten nur eine leichte Fahrlässigkeit darstellt (BGE 112 V 103 Erw. 2c, 110 V 180 Erw. 3c).
Nach der Rechtsprechung ist zu unterscheiden zwischen dem guten Glauben als fehlendem Unrechtsbewusstsein und der Frage, ob sich jemand unter den gegebenen Umständen auf den guten Glauben berufen kann und ob er bei zumutbarer Aufmerksamkeit den bestehenden Rechtsmangel hätte erkennen sollen. Die Frage nach dem Unrechtsbewusstsein gehört zum inneren Tatbestand und ist daher Tatfrage, die nach Massgabe von Art. 105 Abs. 2 OG von der Vorinstanz verbindlich beantwortet wird. Demgegenüber gilt die Frage nach der Anwendung der gebotenen Aufmerksamkeit als frei überprüfbare Rechtsfrage, soweit es darum geht, festzustellen, ob sich jemand angesichts der jeweiligen tatsächlichen Verhältnisse auf den guten Glauben berufen kann (BGE 122 V 223 Erw. 3, 102 V 246; AHI 1994 S. 123 Erw. 2c).

b) Die Vorinstanz hat das fehlende Unrechtsbewusstsein der Beschwerdegegnerin in einer für das Eidgenössi-

schen Versicherungsgericht gemäss Art. 105 Abs. 2 OG verbindlichen Weise bejaht. Zu bejahen ist der gute Glaube auch im Lichte der vom Gericht frei überprüfbaren Frage, ob sich die Beschwerdegegnerin unter den gegebenen Umständen auf den guten Glauben berufen kann. Die unrechtmässige Auszahlung der Renten erfolgte auf Grund eines Fehlers der Verwaltung, und es spricht nichts dafür, dass die Beschwerdegegnerin vom bestehenden Rechtsmangel Kenntnis hatte. Ebenso wenig kann gesagt werden, dass sie bei hinreichender Aufmerksamkeit vom Mangel hätte Kenntnis haben müssen. Das Begehren um rückwirkende Drittauszahlung an den Arbeitgeber wurde von der Beschwerdegegnerin damit begründet, dass sie dem Versicherten in Form von Vorschusszahlungen weiterhin den vollen Lohn ausbezahlt habe. Nachdem die Ausgleichskasse diesem Rechtsbegehren ohne weiteres entsprochen hatte, durfte die Beschwerdegegnerin in guten Treuen davon ausgehen, Anspruch auf die Drittauszahlung der Renten zu haben.
Etwas anderes wird auch vom BSV nicht geltend gemacht.

4.- a) Gemäss Art. 79 Abs. 1bis AHVV liegt eine grosse Härte im Sinne von Art. 47 Abs. 1 AHVG vor, wenn die vom Bundesgesetz vom 19. März 1965 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) anerkannten Ausgaben die nach ELG anrechenbaren Einnahmen übersteigen (vgl. auch BGE 126 V 48 ff.). Für die Beurteilung der grossen Härte bei juristischen Personen fehlt eine ausdrückliche Regelung. Nach Auffassung des BSV sind die von der Rechtsprechung beim Beitragserlass gemäss Art. 40 AHVV aufgestellten Kriterien anwendbar. Danach setzt die grosse Härte im Sinne von Art. 40 Abs. 1 AHVV bei einer juristischen Person eine bestehende oder unmittelbar drohende Überschuldung voraus. Eine solche ist zu bejahen, wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger durch die Aktiven nicht mehr gedeckt sind (BGE 113 V 252 Erw. 3b).
Das BSV stellt sich auf den Standpunkt, es bestehe kein Grund, bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Lage einer Aktiengesellschaft einen andern Massstab anzuwenden, wenn es um die Rückerstattung zu Unrecht bezogener Leistungen geht. Die Vorinstanz weist indessen zu Recht darauf hin, dass durchaus Gründe bestehen, beim Beitragserlass gemäss Art. 40 AHVV einen strengeren Massstab anzuwenden als bei der Rückerstattung gutgläubig zu Unrecht bezogener Leistungen.
Weil Art. 40 AHVV eine Ausnahme vom Grundprinzip der Beitragsordnung darstellt, welche - ohne Rücksicht auf die finanzielle Leistungsfähigkeit - auf der Erhebung von Lohnprozenten beruht, ist der Erlass der Nachzahlung rechtsprechungsgemäss nur restriktiv zu gewähren (BGE 113 V 253 Erw. 2b). Demgegenüber rechtfertigt es sich, im Rahmen von Art. 47 AHVG vermehrt den besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen und eine grosse Härte ausnahmsweise auch dann zu bejahen, wenn noch keine Überschuldung besteht oder unmittelbar droht, die Rückerstattung die Gesellschaft aber in ernste finanzielle Schwierigkeiten bringt. Entgegen den Ausführungen des BSV verstösst dies nicht gegen das Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 BV; vielmehr können ungleiche tatsächliche Verhältnisse auch eine ungleiche rechtliche Behandlung gebieten (BGE 125 I 168 Erw. 2a mit Hinweisen; SVR 2000 EL Nr. 3 S. 8 Erw. 4b).

b) Im vorliegenden Fall erblickt die Vorinstanz besondere Umstände darin, dass sich die Beschwerdegegnerin durch den Bezug der zu Unrecht an sie ausbezahlten Leistungen nicht bereichert, sondern dem Versicherten unbestrittenermassen entsprechende Vorschussleistungen erbracht hat. Es liegen aus der zu Unrecht erfolgten Zahlung daher auch keine Mittel mehr vor, aus welchen die Rückzahlung erfolgen könnte (vgl. BGE 122 V 228 Erw. 6d mit Hinweis).
Mit dem kantonalen Gericht rechtfertigt es sich bei dieser Sachlage, für die Beurteilung der grossen Härte keine strengen Anforderungen zu stellen und es genügen zu lassen, wenn die Rückerstattung die Gesellschaft in ernsthafte finanzielle Schwierigkeiten bringen würde.
Massgebend sind die wirtschaftlichen Verhältnisse, wie sie im Zeitpunkt vorliegen, da der Rückerstattungspflichtige bezahlen sollte (BGE 122 V 140 Erw. 3b und 225 Erw. 5a mit Hinweisen). Es ist daher vorliegend vom Jahresabschluss 1999 (Geschäftsjahr 1. April 1998 bis 31. März 1999) der Beschwerdegegnerin auszugehen. Dieser weist einen Reingewinn von Fr. 26'320. 69 aus. Es ist offensichtlich, dass die Rückforderung des Betrages von Fr. 27'976.- geeignet ist, die Gesellschaft in ernsthafte wirtschaftliche Schwierigkeiten zu bringen, wie in der Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin unter Hinweis auf die längerfristige Geschäftsentwicklung und die erforderliche Betriebssanierung eingehend und glaubhaft dargelegt wird. Nichts anderes ergibt sich, wenn mit der Vorinstanz auf die Ergebnisse der Geschäftsjahre 1996 bis 1998 (Fr. 49'620. 58, Fr. 6'976. 67 und Fr. 145'882. 42) abgestellt wird. Danach macht die Rückforderung des Betrages von Fr. 27'976.-

rund 41 % des durchschnittlichen Gewinns von Fr. 67'493. 22 aus, wobei zu berücksichtigen ist, dass für 1996 (Geschäftsjahr 1. April 1995 bis 31. März 1996) ein überdurchschnittlich hoher Gewinn ausgewiesen ist. Werden auch die vorangegangenen Jahre 1994 und 1995, welche Verluste von Fr.
112'990. 95 beziehungsweise von Fr. 50'865. 60 ergeben haben, in die Berechnung einbezogen, so macht die Rückerstattungssumme sogar rund 72 % des durchschnittlichen Jahresgewinns aus.
Die Vermögensverhältnisse gemäss Bilanz per 31. März 1999 schliesslich geben ebenfalls keinen Anlass, die mit der Rückerstattungsverpflichtung verbundenen wirtschaftlichen Auswirkungen anders zu beurteilen. Wenn die Vorinstanz unter den gegebenen Umständen die Erlassvoraussetzung der grossen Härte bejaht hat, so beruht dies weder auf einer mangelhaften Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts noch verstösst es sonstwie gegen Bundesrecht.

5.- Der Prozess ist an sich kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario), wobei angesichts des Verfahrensausgangs die Kosten dem BSV als unterliegende Partei aufzuerlegen wären (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG). Dennoch können vom Bundesamt vorliegend keine Gerichtskosten erhoben werden, weil das Amt beziehungsweise der von ihm vertretene Bund am Verfahrensausgang kein eigenes Vermögensinteresse hat (Art. 156 Abs. 2 OG). Der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.
Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben und es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
III. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht

des Kantons Zürich, der IV-Stelle des
Kantons Zürich, der Ausgleichskasse Promea und
B._____ zugestellt.
Luzern, 28. Juni 2002

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

Der Gerichtsschreiber: