Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 113/04

Urteil vom 31. Januar 2006
II. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Lustenberger und Kernen; Gerichtsschreiber Widmer

Parteien
H._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Philipp Simmen, Dammstrasse 14, 2540 Grenchen,

gegen

Ausgleichskasse Promea, Ifangstrasse 8, 8952 Schlieren, Beschwerdegegnerin

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg, Sozialversicherungsgerichtshof, Givisiez

(Entscheid vom 22. April 2004)

Sachverhalt:
A.
H._____ war von Juni 1997 bis 21. November 2000 Mitglied des Verwaltungsrats der Firma E._____ AG die sich mit der Fabrikation, dem Verkauf und dem Handel von Möbeln befasste. Die Firma E._____ AG war als beitragspflichtige Arbeitgeberin bis 31. Dezember 2000 der Ausgleichskasse X._____ und ab 1. Januar 2001 der Ausgleichskasse Promea angeschlossen.

Am 8. Juni 2001 gewährte das Zivilgericht der Gesellschaft eine viermonatige Nachlassstundung. Am 12. Juli 2001 gab die Ausgleichskasse beim Nachlassverwalter ihre Forderung für ausstehende Sozialversicherungsbeiträge ein. Mit Entscheid vom 17. Dezember 2001 wurde der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zwischen der Firma E._____ AG und den Gläubigern gerichtlich bestätigt.

Mit Verfügung vom 29. November 2002 verpflichtete die Ausgleichskasse H._____, ihr unter solidarischer Haftung mit B._____ für entgangene Beiträge Schadenersatz in der Höhe von Fr. 142'711.40 zu bezahlen, dies gegen Abtretung einer allfälligen Nachlassdividende. Mit einer weiteren Verfügung vom 24. Januar 2003 verpflichtete die Ausgleichskasse H._____ zusätzlich zur Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von Fr. 105'405.75, weil er sein Mandat als Verwaltungsratsmitglied erst auf den 26. Februar 2001 niedergelegt habe. Der gesamte Schaden belaufe sich auf Fr. 248'117.15 und umfasse Beitragsausstände in der Zeit von März 1998 bis Januar 2001. Mit Entscheid vom 9. Mai 2003 wies die Ausgleichskasse die von H._____ gegen beide Verfügungen erhobenen Einsprachen ab und verpflichtete diesen zur Bezahlung von Schadenersatz im Betrag von Fr. 248'117.15, gegen Abtretung einer allfälligen Nachlassdividende.
B.
H._____ liess beim Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg Beschwerde führen mit dem Antrag, der

Einspracheentscheid sei aufzuheben; eventuell sei die Schadenersatzforderung angemessen herabzusetzen. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde setzte das Verwaltungsgericht die Schadenersatzforderung der Ausgleichskasse in Abänderung des Einspracheentscheides auf Fr. 201'019.90 herab und verband die Verpflichtung zur Bezahlung dieses Betrages mit der Abtretung einer allfälligen Nachlassdividende an H._____.
C.
H._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, der vorinstanzliche Entscheid und der Einspracheentscheid seien aufzuheben.

Während die Ausgleichskasse auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliesst, verzichtet das Bundesamt für Sozialversicherung auf eine Vernehmlassung.

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.
2.1 Verschuldet ein Arbeitgeber durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften einen Schaden, so hat er diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen (Art. 52 AHVG in der vorliegend anwendbaren, bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung). 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, je mit Hinweisen).

Ausgangspunkt eines jeden Schadenersatzprozesses ist der Eintritt eines Schadens bei der Ausgleichskasse, verursacht durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften durch einen Arbeitgeber. Eine der wesentlichen Voraussetzungen besteht somit darin, dass der Ausgleichskasse ein Schaden entstanden ist (Nussbaumer, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatz-Prozess nach Art. 52 AHVG, in: ZAK 1991 S. 383 f. mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung gilt der Schaden als eingetreten, wenn die Beiträge aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr eingefordert werden können (BGE 113 V 258 Erw. 3c mit Hinweisen). Bleiben die Beiträge wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers unbezahlt, so gilt der Schaden als eingetreten, sobald die Beiträge nicht mehr im ordentlichen Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG erhoben werden können (BGE 112 V 157 Erw. 2; ZAK 1991 S. 129 Erw. 2c, 1990 S. 287 Erw. 3b/aa). Dies ist u.a. dann der Fall, wenn die Beiträge gemäss Art. 15 AHVG auf dem Weg der Betreibung eingefordert werden und das Betreibungsverfahren zu einem definitiven Verlustschein führt (ZAK 1990 S. 288 Erw. 3b/cc) oder wenn das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt wird (ZAK 1990 S. 289 Erw. 4b). Im Fall eines
Konkurses tritt der Schaden in jenem Zeitpunkt ein, in welchem sich herausstellt, dass die Forderungen der Ausgleichskasse durch die Konkursmasse nicht gedeckt sind (unveröffentlichtes Urteil S. und A. vom 5. April 1994, H 274/93).
2.2 Gemäss Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG wird die Bestätigung des Nachlassvertrages u.a. an die Voraussetzung geknüpft, dass die vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Gläubiger hinlänglich sichergestellt ist. Zu den privilegierten, in der 2. Klasse zugelassenen Forderungen zählen nebst anderen laut Art. 219 Abs. 4 SchKG (in der vorliegend anwendbaren, seit 1. Januar 2001 geltenden Fassung) - wie bereits vor dem 1. Januar 1997 - auch die Beitragsforderungen nach dem AHVG, IVG, UVG, EOG und AVIG. Mit Blick auf diese Bestimmungen hat das Eidgenössische Versicherungsgericht wiederholt festgestellt, dass sich die Frage des Schadenseintritts bei genehmigtem Nachlassvertrag praktisch nur für Sachverhalte stellen kann, die in den Zeitraum fallen, in welchem die Beitragsforderungen der Ausgleichskasse nicht in der 2. Klasse privilegiert waren (1. Januar 1997 bis 31. Dezember 2000). Für die Zeit ab 1. Januar 2001 sind Haftungsfälle wegen der bei Genehmigung des Nachlassvertrages vorausgesetzten vollen Deckung der privilegierten Forderungen lediglich denkbar, wenn die Nachlassstundung widerrufen oder dem Nachlassvertrag die Genehmigung verweigert wird (Urteile G. vom 2. Februar 2005, H 86/02, W. vom 18. Januar 2005, H 77/
03, und B. vom 25. November 2004, H 232/03).

3.
Im vorliegenden Fall wurde der Firma E._____ AG am 8. Juni 2001 für die Dauer von vier Monaten Nachlassstundung gewährt, worauf die Ausgleichskasse ihre Beitragsforderungen beim Nachlassverwalter eingab. Mit Entscheid vom 17. Dezember 2001 genehmigte der Präsident des Zivilgerichts den von der Firma E._____ AG ihren Drittklassgläubigern vorgeschlagenen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. Da die gerichtliche Bestätigung des Nachlassvertrags - wie dargelegt - voraussetzt, dass die Befriedigung der in der 1. und 2. Klasse privilegierten Forderungen hinlänglich sichergestellt ist, war der Ausgleichskasse (zumindest) bis zum Erlass der beiden Schadenersatzverfügungen vom 29. November 2002 und 24. Januar 2003 kein Schaden entstanden. Vielmehr war auf Grund des Nachlassvertrages mit einer vollständigen Befriedigung der Beitragsforderungen zu rechnen. Vom Fehlen eines Schadens ging im Übrigen offenbar auch die Ausgleichskasse selbst aus, hielt sie doch in der Schadenersatzverfügung vom 29. November 2002 unter Hinweis auf den gerichtlich bestätigten Nachlassvertrag vom 17. Dezember 2001 fest, dass die Deckung ihrer Forderung möglich, wenn auch nicht sicher sei. Da der Ausgleichskasse jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Verwertung
sämtlicher Aktiven der Firma E._____ AG kein Schaden entstanden ist, fehlt dem angefochtenen Gerichtsentscheid und dem Einspracheentscheid, mit welchem die Schadenersatzverfügungen bestätigt wurden, die Grundlage, was zu deren Aufhebung führt.
4.
Dem Prozessausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der unterliegenden Ausgleichskasse aufzuerlegen (Art. 135 in Verbindung mit Art. 156 Abs. 1 OG). Diese hat dem Beschwerdeführer überdies eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 135 in Verbindung mit Art. 159 Abs. 1 und 2 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde werden der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Freiburg vom 22. April 2004 und der Einspracheentscheid der Ausgleichskasse Promea vom 9. Mai 2003 aufgehoben.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 7000.- werden der Ausgleichskasse Promea auferlegt.
3.
Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 7000.- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.
4.
Die Ausgleichskasse Promea hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5.
Das Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg wird über eine Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses zu befinden haben.
6.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg, Sozialversicherungsgerichtshof, und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.
Luzern, 31. Januar 2006
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Die Präsidentin der II. Kammer: Der Gerichtsschreiber: