Urteilskopf

113 V 256

42. Auszug aus dem Urteil vom 12. November 1987 i.S. Ausgleichskasse des Kantons Zürich gegen D. und Kons. und AHV-Rekurskommission des Kantons Zürich
Regeste (de):
Art. 52 AHVG: Haftung der Organe. Die Organe einer juristischen Person können belangt werden, bevor diese zu existieren aufgehört hat (Erw. 3c).

Art. 87 AHVG und 82 Abs. 2 AHVV: Strafrechtliche Verjährungsfrist. Beim Fehlen eines Strafurteils haben die AHV-Behörden vorfrageweise selber zu prüfen, ob sich die Schadenersatzforderung aus einer strafbaren Handlung herleitet. Anforderungen an den Beweis der strafbaren Handlung (Erw. 4).

Regeste (fr):
Art. 52 LAVS: Responsabilité des organes. Les organes d'une personne morale peuvent être recherchés avant que celle-ci ait cessé d'exister (consid. 3c).

Art. 87 LAVS et 82 al. 2 RAVS: Délai de prescription selon le droit pénal. En l'absence d'un jugement pénal, il appartient aux organes de l'AVS d'examiner à titre préjudiciel si la créance en réparation du dommage dérive d'un acte punissable. Exigences quant à la preuve d'un comportement punissable (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 52 LAVS: Responsabilità degli organi. Gli organi di una persona giuridica possono essere convenuti prima che essa abbia cessato di esistere (consid. 3c).

Art. 87 LAVS e 82 cpv. 2 OAVS: Termine di prescrizione secondo il diritto penale. Carente un giudizio penale, spetta pregiudizialmente agli organi dell'AVS di esaminare se il credito di risarcimento danni derivi da atto punibile. Esigenze rispetto alla prova di un comportamento punibile (consid. 4).

Erwägungen ab Seite 256

Aus den Erwägungen:

3. c) Die Ausgleichskasse geht anscheinend davon aus, dass die Organe einer juristischen Person erst dann für Schadenersatz belangt werden können, wenn diese zufolge Konkurses aufgehört hat, rechtlich zu existieren. Diese Auffassung führt dazu, dass die Ausgleichskasse die Nichtbezahlung der paritätischen Beiträge z.B. seitens der juristischen Person während Jahren akzeptiert und zuwartet, bis über die juristische Person der Konkurs eröffnet wird. Dann begnügen sich die Ausgleichskassen häufig damit, die in den letzten Jahren des Bestehens der zahlungsunfähig gewordenen Firma immer höher gewordenen Beitragsforderungen anzumelden und erst nach Abschluss des Konkursverfahrens die Organe der konkursiten Arbeitgeberin zu belangen. Dadurch werden einerseits die Beitragsausstände und damit das Ausmass des Schadens

stets umfangreicher; anderseits wächst die Gefahr der Verwirkung der Schadenersatzansprüche. Demgegenüber hat die Ausgleichskasse die rechtliche Möglichkeit, die Organe bereits dann zu belangen, wenn die juristische Person noch existiert (BGE 111 V 173 Erw. 2a mit Hinweis). Die Subsidiarität der Haftung der Organe einer juristischen Person bedeutet lediglich, dass sich die Ausgleichskasse zuerst an den Arbeitgeber zu halten hat, und nicht, dass der Arbeitgeber rechtlich zu existieren aufgehört haben muss, bevor seine Organe belangt werden dürfen. Das Institut der Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG könnte illusorisch werden, wenn die Weiterexistenz eines zahlungsunfähig gewordenen Arbeitgebers die Belangung seiner Organe ausschliessen würde. Das wäre umso unannehmbarer, als die Ausgleichskasse nicht die Möglichkeit hat, den Konkurs der juristischen Person herbeizuführen, weil Art. 43 SchKG und Art. 15 Abs. 2 AHVG sie für die Eintreibung der paritätischen Beiträge für den Regelfall auf den Weg der Pfändung oder der Pfandverwertung verweisen (FRÉSARD, Responsabilité de l'employeur pour le non-paiement des cotisations d'assurances sociales selon l'art. 52 LAVS, in: Schweiz. Versicherungszeitschrift, 55/1987, S. 2). Hier besteht ein wesentlicher Unterschied namentlich zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, auf welche in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde hingewiesen wird. Solange die Aktiengesellschaft nicht im Konkurs ist, steht den Gesellschaftsgläubigern grundsätzlich kein Klagerecht aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit zu (Art. 758 OR; BGE 82 II 48 ; GUHL/MERZ/KUMMER, Obligationenrecht, 7. Aufl., S. 693). Das ist sachgerecht, weil ein gewöhnlicher Gesellschaftsgläubiger die Aktiengesellschaft in Konkurs und zur Auflösung bringen kann und darüber hinaus erst noch über die fünfjährige Verwirkungsfrist von Art. 760 OR zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegenüber den Gesellschaftsorganen verfügt. Im AHV-Recht aber, wo die Ausgleichskasse den Konkurs der juristischen Person und damit die Aufhebung ihrer rechtlichen Existenz nicht bewirken kann und zudem die relativ kurze einjährige Verwirkungsfrist des Art. 82 Abs. 1 AHVV zur Geltendmachung ihrer Forderung zu wahren hat, ist es unerlässlich, dass die Organe schon dann belangt werden dürfen und sollen, wenn der zahlungsunfähige Arbeitgeber rechtlich noch existiert. Nach der Rechtsprechung gilt der Eintritt des Schadens dann als erfolgt, sobald anzunehmen ist, dass die geschuldeten Beiträge aus

rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr erhoben werden können (BGE 112 V 157 und 111 V 173). Eine solche tatsächliche Uneinbringlichkeit und damit ein Schaden liegt vor, wenn die Ausgleichskasse in der gegen den Arbeitgeber eingeleiteten Betreibung auf Pfändung vollständig zu Verlust gekommen ist. Der Pfändungsverlustschein gemäss Art. 115 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 149 SchKG, welcher den Schaden grundsätzlich und in masslicher Hinsicht fest umschreibt, manifestiert, dass der Arbeitgeber seine Beitragspflicht nicht erfüllt hat und damit realistischerweise auch der Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG nicht nachkommen kann. Deshalb steht vom Zeitpunkt der Ausstellung des Pfändungsverlustscheines hinweg einer Belangung der subsidiär haftbaren Organe nichts im Wege. In diesem Moment hat die Ausgleichskasse auch Kenntnis des Schadens, was die einjährige Verwirkungsfrist nach Art. 82 Abs. 1 AHVV in Gang setzt.

4. a) Die Ausgleichskasse macht ferner geltend, der Schadenersatzforderung liege ein strafbares Verhalten zugrunde, weshalb die längere Verjährungsfrist des Art. 82 Abs. 2 AHVV zur Anwendung gelange. Für die Verjährung einer Schadenersatzforderung, die aus einer strafbaren Handlung hergeleitet wird, für welche das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, gilt diese Frist (Art. 82 Abs. 2 AHVV). Diese Vorschrift beruht auf der Überlegung, dass es unlogisch wäre, wenn die geschädigte Ausgleichskasse ihre Rechte gegenüber dem haftpflichtigen Schädiger verlieren würde, solange dieser mit einer Strafverfolgung rechnen muss, die re-

gelmässig für ihn mit schwerwiegenden Folgen verbunden ist (BGE 111 V 175). In BGE 112 V 163 hat das Gericht darauf hingewiesen, dass die ratio legis von Art. 82 Abs. 2 AHVV die gleiche sei wie von Art. 60 Abs. 2 OR, wonach im Zivilrecht für die Schadenersatzklage aus einer strafbaren Handlung, für welche das Strafrecht eine längere Verjährung vorsieht, ebenfalls diese längere Frist gilt. Im Zusammenhang mit Art. 60 Abs. 2 OR hat das Bundesgericht erkannt, dass beim Fehlen eines Strafurteils der Zivilrichter vorfrageweise selber zu prüfen hat, ob eine strafbare Handlung gegeben ist (BGE 112 II 188). Wenn aber den Art. 82 Abs. 2 AHVV und 60 Abs. 2 OR der gleiche gesetzliche Sinn zugrunde liegt, dann müssen auch die AHV-Behörden beim Fehlen eines Strafurteils bei der Anwendung von Art. 82 Abs. 2 AHVV selber vorfrageweise prüfen, ob die Schadenersatzforderung sich aus einer strafbaren Handlung

BGE 113 V 256 S. 259

herleitet. Voraussetzung für eine solche vorfrageweise Prüfungspflicht ist, dass aufgrund der Akten oder entsprechender Vorbringen der Verfahrensbeteiligten hinreichende Anhaltspunkte für das Vorliegen strafbarer Handlungen bestehen (BGE 110 V 53 Erw. 4a). Dabei genügt es, dass eine objektiv strafbare Handlung vorliegt und dass die auf Schadenersatz belangte Person die strafbare Handlung begangen hat und die subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen erfüllt (BGE 106 II 217 ff.). In die gleiche Richtung deutete schon das in EVGE 1957 S. 195 ff. publizierte Urteil, wo im Zusammenhang mit Art. 16 Abs. 1 Satz 3 AHVG betreffend die Verwirkung einer aus einer strafbaren Handlung hergeleiteten Beitragsnachforderung erklärt wird, dass die AHV-Behörden zwar an ein ergangenes Strafurteil gebunden seien; fehle aber ein solches, so könnten sie vorfrageweise selber darüber befinden, ob sich die Nachforderung aus einer strafbaren Handlung ergebe und der Täter dafür strafbar wäre. Bei selbständiger Beurteilung des Straftatbestandes durch die AHV-Behörden darf aber eine strafbare Handlung nur bejaht werden, wenn sie bewiesen ist. Dabei müssen an den Beweis die gleichen Anforderungen gestellt werden wie in einem Strafverfahren. Der im Sozialversicherungsrecht sonst übliche Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt nicht. Die Kassenleiter sind verpflichtet, strafbare Handlungen im Sinne von Art. 87 ff. AHVG der zuständigen kantonalen Instanz anzuzeigen (Art. 201 AHVV). Unterbleibt eine solche Anzeige, so bestehen erhebliche Zweifel am Vorliegen einer strafbaren Handlung, es sei denn, die Unterlassung der Anzeige qualifiziere sich klar als pflichtwidrig. Auf jeden Fall hat die Kasse, die sich auf die strafrechtliche Verjährungsfrist beruft, Aktenmaterial zu produzieren, welches das strafbare Verhalten hinreichend ausweist (vgl. EVGE 1957 S. 51 und 198). b) Nach Art. 87 Abs. 3 (in Verbindung mit Abs. 6) AHVG wird, sofern nicht ein mit einer höheren Strafe bedrohtes Verbrechen oder Vergehen des Strafgesetzbuches vorliegt, mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis zu 20'000 Franken bestraft, wer als Arbeitgeber einem Arbeitnehmer Beiträge vom Lohn abzieht, sie jedoch dem vorgesehenen Zweck entfremdet. Diese Strafandrohung bezieht sich ausdrücklich nur auf die Zweckentfremdung von Arbeitnehmerbeiträgen, was von der Ausgleichskasse nicht bestritten wird, und nicht auch auf die Nichtbezahlung von Arbeitgeberbeiträgen.

BGE 113 V 256 S. 260

Die Ausgleichskasse vertritt die Auffassung, dass im vorliegenden Fall nicht nur Arbeitnehmerbeiträge hinterzogen worden seien, sondern dass die betroffenen Personen mit Bezug auf die gesamte Beitragsschuld den Straftatbestand des Art. 87 Abs. 2 AHVG erfüllt hätten, wonach ebenfalls mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder Busse zu bestrafen ist, wer sich durch unwahre oder unvollständige Angaben oder in anderer Weise der Beitragspflicht ganz oder teilweise entzieht. Dieser Straftatbestand sei deshalb erfüllt, weil sich bei der Arbeitgeberkontrolle das Rechnungswesen der Firma D. AG in einem ausserordentlich schlechten Zustand befunden und sich die konkursite Firma insbesondere der Pflicht zur Ausfüllung von Lohnbescheinigungen gänzlich entzogen und damit habe erreichen wollen, dass sie keine Beiträge würde entrichten müssen. c) Nach Art. 18

Abs. 1 StGB, der auch auf die in Art. 87 AHVG genannten Delikte anwendbar ist (Art. 333 Abs. 3 StGB), ist nur strafbar, wer ein Vergehen vorsätzlich, d.h. mit Wissen und Willen verübt, es sei denn, das Gesetz bestimme ausdrücklich etwas anderes. Die fahrlässige Erfüllung der in Art. 87 Abs. 2 und 3 AHVG umschriebenen Straftatbestände ist nicht mit Strafe bedroht. Somit ist nur die vorsätzliche Verübung dieser Delikte strafbar. Die Akten, welche von der Ausgleichskasse, die gegen die Beschwerdegegner keine Strafanzeige erstattet hat, beigebracht werden, erlauben es nicht, den Beschwerdegegnern eine vorsätzliche Zweckentfremdung von Arbeitnehmerbeiträgen oder eine vorsätzliche Beitragshinterziehung nachzuweisen. Dazu wäre die Durchführung eines Verfahrens notwendig, in welchem die Stellung der Organe, die Korrespondenz und der Abrechnungsverkehr zwischen der Firma und der Ausgleichskasse in den fraglichen Jahren im einzelnen abzuklären wären. Das kann aber nicht die Aufgabe des Sozialversicherungsrichters im Rahmen einer vorfrageweisen Prüfung einer strafrechtlich relevanten Verantwortlichkeit sein. Demzufolge ist Art. 82 Abs. 2 AHVV im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Somit hat es bei der einjährigen Verwirkungsfrist des Art. 82 Abs. 1 AHVV sein Bewenden.