Urteilskopf

119 V 389

56. Urteil vom 28. Mai 1993 i.S. Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen gegen N. und Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen gegen Z. und Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen gegen D. und Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen
Regeste (de):
Art. 52 AHVG.

Zur Haftung von Verwaltungsräten für Beitragsschulden, die im Rahmen der Übertragung von Aktiven und Passiven einer Kollektivgesellschaft auf eine Aktiengesellschaft übergegangen sind.

Regeste (fr):
Art. 52 LAVS.

De la responsabilité des administrateurs pour des dettes de cotisations transférées dans le cadre d'une reprise avec actif et passif d'une société en nom collectif par une société anonyme.

Regesto (it):
Art. 52 LAVS.

Della responsabilità degli amministratori per i debiti contributivi trasferiti nell'ambito di un trapasso di attivo e passivo da una società in nome collettivo a una società anonima.

Sachverhalt ab Seite 390

A.- Urs N. und Josef Z. gründeten 1985 als Kollektivgesellschaft die Firma N. + Z. Gemäss Publikation vom 4. Mai 1987 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) erlosch diese Kollektivgesellschaft "infolge Auflösung und beendigter Liquidation", indem ihre Aktiven und Passiven auf die neugegründete Firma N. + Z. AG "gemäss Sacheinlagevertrag vom 16. April 1987 und Übernahmebilanz per 31. Januar 1987" übertragen wurden, in welcher AG Urs N. und Josef Z. sowie, neu an der Unternehmenstätigkeit beteiligt, Emil D. als Verwaltungsräte amteten. Der Geschäftsgang der neugegründeten AG nahm rapide einen schlechten Verlauf, indem sie bereits im Sommer 1987 um Nachlassstundung ersuchen musste, welche aber nichts ergab, so dass der Konkursrichter des Bezirkes O. durch Verfügung vom 2. Dezember 1987 über sie den Konkurs eröffnete. Der Konkurs über die AG wurde im ordentlichen Verfahren durchgeführt mit Auflage des Kollokationsplanes im Mai 1988 und Aufstellung der Verteilungsliste Ende 1990. Am 3. Januar 1991 übermittelte das Konkursamt der Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen den Verlustschein infolge Konkurses, welcher auswies, dass die Kasse mit der von ihr eingegebenen Forderung von Fr. 119'882.65, nach Erhalt einer Teilzahlung von Fr. 60'373.60, im Betrag von Fr. 59'509.05 zu Verlust gekommen war. Da ein Teil der Verbindlichkeiten der konkursiten AG Schulden der früheren Kollektivgesellschaft gewesen waren - was insbesondere auch auf Beitragsforderungen der Ausgleichskasse zutrifft -, hielten sich die Gläubiger an Urs N. und Josef Z. in ihrer Eigenschaft als frühere Kollektivgesellschafter schadlos, so dass diesen nichts anderes übrigblieb, als selber den Konkurs zu erklären, nämlich am 7. Dezember 1987 (Z.) und am 1. Februar 1988 (N.). In beiden Fällen kam es jedoch

zu gerichtlichen Bestätigungen von am 20. Juni 1989 abgeschlossenen Nachlassverträgen im Konkurs, welche für die in der 5. Klasse kollozierten Forderungen je eine Nachlassdividende von 20% vorsahen (Entscheide des Bezirksgerichts U. vom 20. Oktober 1989 und des Bezirksgerichts O. vom 12. Dezember 1989), so dass die Konkurse widerrufen wurden. Die Ausgleichskasse hatte sich weder an den Privatkonkursen noch folglich an den gerichtlich genehmigten Nachlassverträgen im Konkurs beteiligt. Aufgrund von Beitragsübersichten und -auszügen der Jahre 1980 bis 1989 stellte die Ausgleichskasse fest, dass ihr Kollektivgesellschaft und AG insgesamt Fr. 121'011.15 an paritätischen Beiträgen (einschliesslich Nebenkosten) schuldig geblieben waren, worauf sie

mit Verfügungen vom 9. Mai 1989 Urs N., Josef Z. und Emil D. zur Zahlung von Schadenersatz in Höhe dieses Betrages verpflichtete.

B.- Nachdem Urs N., Josef Z. und Emil D. hiegegen je hatten Einspruch einlegen lassen, wandte sich die Ausgleichskasse mit drei Schadenersatzklagen an das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen. Nach Durchführung eines zweifachen Schriftenwechsels hiess das kantonale Gericht die Schadenersatzklagen gegen Urs N. und Josef Z. im Umfange von Fr. 15'500.– teilweise gut; die Klage gegen Emil D. wies es ab (Entscheide vom 5. März 1992).

C.- In allen drei Fällen führt einzig die Ausgleichskasse Verwaltungsgerichtsbeschwerde, jeweils mit dem Rechtsbegehren auf Aufhebung der kantonalen Gerichtsentscheide und Verurteilung von Urs. N. und Josef Z. auf Zahlung von Schadenersatz in Höhe von jeweils Fr. 52'913.30, im Falle Emil D's auf Zahlung von Fr. 26'685.75. Auf die im wesentlichen gleich begründeten Verwaltungsgerichtsbeschwerden der Kasse wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen. Das gleiche gilt für die Vernehmlassungen von Urs N., Josef Z. und Emil D., die auf Abweisung der Beschwerden schliessen und für die Stellungnahmen des Bundesamtes für Sozialversicherung (BSV), in denen Gutheissung beantragt wird. Urs N., Josef Z. und Emil D. wurde Gelegenheit gegeben, sich gegenseitig als Mitinteressierte zu den Beschwerden des andern zu äussern.

Erwägungen

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1. Obwohl das kantonale Gericht drei getrennte Entscheide erlassen hat, sind die vorliegenden Kassenbeschwerden in einem Verfahren zu vereinigen und durch ein Urteil zu erledigen. Denn die entscheidwesentlichen Erwägungen der Vorinstanz lauten im wesentlichen gleich, ebenso Begründung und Einwendungen der Kasse hiegegen. Auch die Vorbringen in den Vernehmlassungen und die Sichtweise des BSV sind in allen drei Fällen praktisch identisch, weil sich in den drei Fällen die gleichen grundsätzlichen Rechtsfragen stellen.

2. a) Da es sich bei der angefochtenen Verfügung nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen handelt, hat das Eidg. Versicherungsgericht nur 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). b) Weil der Schadenersatzprozess nach Art. 52 AHVG gemäss ständiger Rechtsprechung (nicht veröffentlichtes Urteil E. vom 27. Dezember 1987 und seitherige Urteile) nicht unter den Begriff der Abgabestreitigkeiten im Sinne von Art. 114 OG fällt, somit enge Kognition nach Art. 104/5 OG (Erw. 2a) gilt, woran festzuhalten ist, sind die Einwendungen in der Vernehmlassung des Josef Z. teilweise prozessual unzulässig. Da er (ebenso wie Urs N.) die vorinstanzlichen Entscheide, welche ihn und Urs N. zu je Fr. 15'500.– Schadenersatz verurteilt haben, nicht anfocht, liegt aufgrund der Anträge der einzig Verwaltungsgerichtsbeschwerde führenden Ausgleichskasse bloss im Streit, ob das kantonale Gericht diese beiden Beschwerdegegner zu mehr als Fr. 15'500.– Schadenersatz hätte verurteilen sollen, nämlich zu Fr. 52'913.30, wie beantragt. Weil Art. 114 OG nicht anwendbar ist und die Beschwerdegegner Urs N. und Josef Z. keine Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht haben, besteht prozessual keine Möglichkeit, zu Lasten der beschwerdeführenden Kasse über ihren Antrag hinauszugehen. Somit ist auf die vorinstanzliche Verurteilung von Urs N. und Josef Z. zu Schadenersatz bis zum Umfang von Fr. 15'500.– nicht einzugehen.

3. Das kantonale Gericht hat in für das Eidg. Versicherungsgericht im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG verbindlicher (Erw. 2a) und im übrigen unbestrittener Weise festgestellt, dass die Ausgleichskasse folgende ausstehende bundesrechtliche Beitragsforderungen hatte: - Fr. 63'282.75 von der Kollektivgesellschaft N. + Z.;
- Fr. 37'772.25 von der N. + Z. AG.
Fest steht ebenfalls, dass die Ausgleichskasse aufgrund der endgültigen Verteilung an ihre im Konkurs der N. + Z. AG eingegebene Forderung von Fr. 119'882.65 Deckung im Umfang von Fr. 60'373.60 erhielt, so dass ein Verlustschein über Fr. 59'509.05 resultierte. Auch dies hat das kantonale Gericht verbindlich und im übrigen ebenfalls unbestritten festgestellt.

4. Das kantonale Gericht ist, nach Darlegung der rechtlichen Grundlagen zu Art. 52 AHVG, in folgenden Schritten vorgegangen: In ihrer Eigenschaft als Verwaltungsräte der N. + Z. AG hat das kantonale Gericht eine Ersatzpflicht der drei Beschwerdegegner für den

durch die Kollektivgesellschaft N. + Z. verursachten Schaden in Höhe von Fr. 63'282.75 verneint. Bezüglich der von der N. + Z. AG schuldig gebliebenen Beiträge von Fr. 37'772.25 hat es dagegen eine Verletzung der Organpflichten bejaht, jedoch diesbezüglich einen Schadenseintritt verneint, weil die Ausgleichskasse ja letztlich aus dem Konkurs der N. + Z. AG mehr an Dividende herausbekommen habe (Fr. 60'373.60), als die AG ihr an Beiträgen schuldig geblieben sei (Fr. 37'772.25). Zu diesem Teilergebnis konnte das kantonale Versicherungsgericht nur aus der Überlegung heraus gelangen, dass die Kollokation der Kassenforderung im Konkurs der AG in dem Umfange unrichtig war, als es sich um Beitragsschulden der Vorgängerin (Kollektivgesellschaft) handelte (insgesamt, einschliesslich der FAK-Beiträge von Fr. 14'262.65, welche das kantonale Gericht im kantonalen Haftungsprozess ausklammerte, Fr. 77'545.40). Daher hätte die Kollokation, so die Vorinstanz, auf den Betrag von Fr. 42'337.25 beschränkt bleiben müssen. Diese Argumentation führte zur Befreiung aller drei Beschwerdegegner von der Ersatzpflicht, soweit es um Schaden im Zusammenhang mit der AG geht. Für die früheren Kollektivgesellschafter Urs N. und Josef Z. prüfte das kantonale Gericht sodann die Frage der Schadenersatzpflicht in dieser Eigenschaft für die Beiträge, welche die aufgelöste Kollektivgesellschaft der Ausgleichskasse schuldig geblieben war. Das kantonale Gericht warf zunächst die Frage auf, ob Urs N. und Josef Z. zwei oder fünf Jahre für die Verbindlichkeiten der Kollektivgesellschaft (Art. 591 Abs. 1 oder Art. 592 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 181 OR) haften würden. Da nach der Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichts

Sozialversicherungsbeiträge "nicht nach der Regel von Art. 181 OR an den Übernehmer übergehen und somit keine anderen Sicherheiten mehr zur Verfügung stehen", erscheine die Anwendung der fünfjährigen Verwirkungsfrist nach Art. 591 Abs. 1 OR als sachgerecht. Unabhängig von der Frage der Haftungsverjährung hätte die Ausgleichskasse, so die Vorinstanz, den Beitragsausstand aus der Kollektivgesellschaft von Fr. 63'282.75 zunächst in Privatkonkursverfahren gegen die beiden Gesellschafter durchsetzen müssen. Erst nach Abschluss eines solchen Konkursverfahrens hätte sich entschieden, ob der Ausgleichskasse ein Schaden und damit eine Schadenersatzforderung entstanden sei. "Es kann somit nicht gesagt werden, dass hinsichtlich dieser Beitragsforderung der Schadeneintritt mit dem Konkurs des Nachfolgeunternehmens, der N. + Z. AG, erfolgte. Der Schadeneintritt bei dieser Beitragsforderung ist gänzlich unabhängig vom Konkurs der N. + Z. AG, da dieses

BGE 119 V 389 S. 394

Unternehmen nicht Beitragsschuldner war." Auch wenn sich Beitrags- und Schadenersatzforderung gegen die gleichen Personen richteten, so sei zwischen den beiden Ansprüchen rechtlich und begrifflich genau zu unterscheiden. Die Ausgleichskasse habe daher auch bei Identität von Beitrags- und Schadenersatzschuldner immer zunächst die Beitragsforderung durchzusetzen. Erst wenn sich zeige, dass sie dabei zu Schaden komme, entstehe ein Schadenersatzanspruch gemäss Art. 52 AHVG. Weil die Ausgleichskasse es unterlassen habe, ihre Beitragsforderung in den Privatkonkursen von Urs N. und Josef Z. einzugeben, müsse die Schadenersatzklage "im Umfang der Nachlassdividende von Fr. 25'313.10 (2 x 20% von Fr. 63'282.75) zur Zeit abgewiesen werden. Nicht ausgeschlossen ist, dass die Klägerin nach entsprechenden Vollstreckungsbemühungen den Schadennachweis später führen kann." Der Ausgleichskasse sei anderseits in Höhe des Differenzbetrages zwischen der Dividende aus dem Nachlassvertrag und der Beitragsforderung bereits heute ein Schaden entstanden. Der Verzicht auf die Ausschöpfung des Konkursprivilegs stelle indessen eine teilweise Einwilligung des Geschädigten in die Verursachung des Schadens dar. Es würde Treu und Glauben zuwiderlaufen und wäre auch eine Umgehung betreibungsrechtlicher Vorschriften, wenn die Ausgleichskasse ihren Forderungsausfall in Form von Schadenersatz doch wieder decken könnte. Das fehlerhafte Verhalten der Ausgleichskasse, welches zum Beitragsverlust führe oder dazu beitrage, sei deshalb als Herabsetzungsgrund zu würdigen. Das aus dem Konkurs der AG erzielte Betreffnis (Konkursdividende) von Fr. 60'373.60 diene in seinem überschiessenden Teil von Fr. 18'036.35 "rechnerisch gesehen der Tilgung der Beitragsschuld in Höhe von Fr. 77'545.40 (einschliesslich FAK-Beiträge)" der Kollektivgesellschaft. Dieser Überschuss sei anteilmässig auf die paritätischen Sozialversicherungsbeiträge von Fr. 63'282.75 und auf die FAK-Beiträge von Fr. 14'262.65 aufzuteilen. Damit entfalle auf die Beitragsforderung der Ausgleichskasse noch ein Anteil von Fr. 14'719.–, um welchen Betrag sich der Schaden von Fr. 37'969.65 reduziere. Vom verbleibenden Ausfall von Fr. 23'251.– gehe im Sinne eines Herabsetzungsgrundes ein Drittel zu Lasten der Klägerin, weshalb sie gerundet von Urs N. und Josef Z. noch je Fr. 15'500.– Schadenersatz verlangen könne. Dieser Schadenersatzanspruch auf verbleibend Fr. 15'500.– sei rechtzeitig geltend gemacht und nicht verwirkt. Diesbezüglich seien auch die materiellen Haftungsvoraussetzungen (Widerrechtlichkeit, Verschulden usw.) erfüllt.

BGE 119 V 389 S. 395

5. Zu prüfen ist somit zunächst, ob Urs N., Josef Z. und Emil D. in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsräte der N. + Z. AG als Ersatzpflichtige in Betracht fallen, insoweit es um den Ersatz von Schaden geht, welcher daraus resultiert, dass die frühere Kollektivgesellschaft N. + Z. Beiträge im Umfange von Fr. 63'282.75 nicht bezahlte. a) In dem von den Verfahrensbeteiligten erwähnten BGE 112 V 152, wo es um die Schadenersatzpflicht der Organe einer AG ging, welche eine nicht im Handelsregister eingetragene Einzelfirma mit Aktiven und Passiven übernommen hatte, entschied das Eidg. Versicherungsgericht: "Il reste toutefois à examiner le problème de l'étendue du dommage dont la caisse de compensation est en droit de demander la réparation. La

juridiction cantonale admet que ce dernier englobe également les cotisations paritaires dues mais non versées par l'entreprise Z; elle considère que, dans la mesure où elle a repris l'actif et le passif de cette entreprise, X S.A. est devenue responsable de l'ensemble des dettes de celle-ci. Par conséquent, il ne se justifierait pas d'opérer "une réduction sur le montant arrêté par la caisse au titre des engagements de l'entreprise Z".
De leur côté, les recourants contestent toute reprise par X S.A. de la dette de cotisations en question, faisant valoir que les statuts de la société prévoyaient expressément, sur ce point, "un effet rétroactif au 1er janvier 1980 sans plus". Il n'est cependant pas nécessaire de se prononcer sur cette controverse, car la solution retenue ici par les premiers juges ne peut pas être confirmée quant à son résultat. Sans doute est-il vrai que celui qui acquiert une entreprise avec actif et passif devient responsable des dettes envers les créanciers dès que l'acquisition a été portée par lui à leur connaissance ou qu'il l'a publiée dans les journaux (art. 181 al. 1 CO; cf. également, en ce qui concerne plus particulièrement les dettes de cotisations, ATFA 1965 p. 11). Mais, à elle seule, l'application de cette disposition ne permettrait pas de conclure que les recourants doivent être tenus à réparation en leur qualité d'anciens administrateurs de la société reprenante. Selon le système légal, la responsabilité de droit public instituée par l'art. 52 LAVS est le corollaire des obligations que l'employeur - c'est-à-dire celui qui verse à des personnes obligatoirement assurées une rémunération au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS (cf. art. 12 al. 1 LAVS) - assume, notamment, en matière de perception des cotisations et de versement des prestations (BINSWANGER, Kommentar zum AHVG, note 1 ad art. 52; ATF 96 V 124; voir également le message du Conseil fédéral relatif à un projet de loi sur l'assurance-vieillesse et survivants, FF 1946 II 437 et 529). Cette norme ne vise donc pas n'importe quel dommage invoqué par une caisse de compensation: par définition, ce dernier doit être la conséquence d'un acte ou d'une omission relevant des tâches que la loi attribue à l'employeur. En matière de cotisations, qui représente le champ d'application principal de l'art. 52 LAVS, l'employeur responsable ne peut donc être que la personne (physique ou morale) qui était chargée, en tant qu'organe d'exécution de la loi,

de la perception des cotisations et du règlement des comptes, conformément à l'art. 14 al. 1 LAVS en corrélation avec les art. 34 ss RAVS (cf. RCC 1985 p. 608 consid. 5b). Or, dans le cas particulier, X S.A. n'avait à l'évidence aucune obligation découlant de la LAVS en matière de retenue et de paiement des cotisations d'assurances sociales dues sur les rémunérations versées par l'entreprise Z. C'est dire que le non-paiement d'une partie de ces cotisations n'a rien à voir avec la qualité d'employeur de X S.A. Cela suffit à exclure, sur le point ici en discussion, une responsabilité - subsidiaire - des recourants, fondée sur l'art. 52 LAVS (BGE 112 V 154 Erw. 5)." b) aa) Die Vorinstanz hat dazu unter Hinweis auf KNUS, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, Diss. Zürich 1989, S. 18 f., Anmerkung 45, erwogen, diese Auffassung sei nicht unbestritten geblieben; doch sprächen für sie gleichwohl gewichtige rechtliche Gründe, bestehe doch kein Anlass, vom Prinzip abzuweichen, wonach sich die öffentlichrechtliche Organstellung nach Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV nicht mittels privatrechtlicher Vereinbarung auf eine andere juristische oder natürliche Person übertragen lasse.
bb) Die Ausgleichskasse wendet gegen diese vorinstanzliche Betrachtungsweise ein, damit werde ermöglicht, "durch privatrechtliche Vereinbarung eine Gesellschaft aufzulösen und dadurch deren AHV-rechtliche Arbeitgeberstellung ändern zu lassen, bevor alle damit verbundenen öffentlichrechtlichen Pflichten erfüllt" seien. Dieses "unbefriedigende Resultat" spreche gegen ein Vorgehen ausschliesslich nach privatrechtlichen Regeln. Die Erfüllung der AHV-rechtlichen Arbeitgeberpflichten lasse sich nur durchsetzen, "wenn der Übernehmer nicht nur die offenen Beitragsschulden seines Vorgängers, sondern auch alle übrigen AHV-rechtlichen Pflichten zu übernehmen" habe, wenn also "der Übernehmer in die AHV-rechtliche Arbeitgeberstellung seines Vorgängers eintreten" müsse. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Möglichkeit, durch privatrechtliche Vereinbarung die AHV-rechtliche Arbeitgeberstellung von einer aufzulösenden juristischen Person oder Personengesellschaft auf eine andere Person zu übertragen, der Durchsetzung der Beitragsabrechnungs- und Beitragsablieferungspflicht hinderlich sein solle. Missbräuchen (z.B. Übertragung von Aktiven und Passiven einschliesslich Beitragsschul-

den einer aufzulösenden Kollektivgesellschaft auf eine bereits zahlungsunfähige AG) könne dadurch begegnet werden, dass die bisher Verantwortlichen, soweit nicht ohnehin Organe der übernehmenden AG, "als Arbeitgeber im Sinne

BGE 119 V 389 S. 397

der zu Art. 52 AHVG entwickelten Praxis für den Schaden haftbar gemacht werden, den sie durch die Übergabe der Aktiven und Passiven einer aufgelösten Gesellschaft an eine andere Gesellschaft, die aber offensichtlich nicht in der Lage ist, den übernommenen (Beitragsablieferungs)pflichten (...) nachzukommen, (mit-)verursacht haben". cc) Das BSV teilt diese Auffassung der Ausgleichskasse und unterstützt sie mit zwei zusätzlichen Argumenten: - Abgesehen von der BGE 112 V 154 Erw. 5 zugrunde liegenden "handelsrechtlichen Lösung", wonach anlässlich der Geschäftsübernahme nach Art. 181 OR immer nur die einzelnen Forderungen und Pflichten auf den Erwerber übergingen, nicht aber Schuldverhältnisse als solche, die der Veräusserer mit Dritten abgeschlossen hat, halte das Zivilrecht nun aber ausserdem "eine arbeitsvertragliche Lösung" bereit: Nach Art. 333 Abs. 1 OR würden unter den dort genannten Voraussetzungen die Arbeitsverhältnisse (d.h. die ganzen Schuldverhältnisse) auf den Erwerber übergehen; somit träfen den Übernehmer alle Arbeitgeberpflichten, nicht nur die zufolge von Art. 181 OR abgetretenen;
- ferner erscheine eine Berücksichtigung der erwähnten Übernahme der gesamten Schuldverhältnisse auch deswegen angezeigt, weil kein rechtlich relevanter Unterschied zu der vom Eidg. Versicherungsgericht jüngst bejahten Haftung des Verwaltungsrats bestehe, wonach er für die - bei seiner Mandatsübernahme bereits verfallenen - Sozialversicherungsbeiträge, welche die AG als Arbeitgeberin schuldet, einstehen muss; dies unter Hinweis auf ZAK 1992 S. 249 Erw. 7b. c) Die vom BSV unterstützte Argumentation der Ausgleichskasse gibt keinen Anlass, von der mit BGE 112 V 154 Erw. 5 eingeleiteten und bisher nie in Frage gestellten Rechtsprechung abzuweichen. Aufsichtsbehörde und Durchführungsstelle übersehen, dass mit der Auflösung einer juristischen Person oder, wie hier, Personengesellschaft die gegenüber der Ausgleichskasse beitragsabrechnungs- und beitragsablieferungspflichtige Arbeitgeberin im Sinne von Art. 12 AHVG ausfällt. Das bedeutet, dass sämtliche paritätischen Beiträge, welche der Arbeitgeber nach Art. 14 Abs. 1 AHVG der Ausgleichskasse bis zu diesem Zeitpunkt schuldet, zunächst keinem Rechtssubjekt mehr zugerechnet werden können. Hat eine juristische Person oder Personengesellschaft im Zeitpunkt ihrer Auflösung nicht sämtliche von ihr bis zu diesem Datum geschuldeten, fällig gewordenen Beitragsforderungen der Ausgleichskasse beglichen,

BGE 119 V 389 S. 398

so steht fest, dass diese Arbeitgeberin ihrer öffentlichrechtlichen Pflicht der Beitragsabrechnung und -ablieferung nicht nachgekommen ist und nicht mehr wird nachkommen können. Damit liegt ein Verstoss gegen die Arbeitgeber- und gegebenenfalls Arbeitgeberorganpflichten vor. Die übernehmende neue Arbeitgeberin hat sich diese vorher verwirklichte Verletzung der AHV-rechtlichen Vorschriften schadenersatzrechtlich nicht anrechnen zu lassen. Darin liegt der grundlegende Unterschied zu der vom BSV erwähnten mit ZAK 1992 S. 249 Erw. 7b eingeleiteten Rechtsprechung. Hier geht es nicht um den Wegfall einer juristischen Person/Personengesellschaft mit Arbeitgeberqualität im Sinne von Art. 12 und 14 AHVG, sondern um den Tatbestand, dass jemand (z.B. durch Eintritt in den Verwaltungsrat einer AG) neu Organ einer seit je bestehenden abrechnungspflichtigen Arbeitgeberin wird und kraft Konstituierung als Organ dafür zu sorgen hat, dass nebst den laufenden auch die verfallenen paritätischen Beiträge dieser Arbeitgeberin entrichtet werden.

6. a) Können nach dem Gesagten die drei Beschwerdegegner in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsräte der

AG nicht als Ersatzpflichtige für denjenigen Teil des Schadens betrachtet werden, welcher der Ausgleichskasse dadurch entstand, dass die aufgelöste Kollektivgesellschaft Beiträge schuldig geblieben war, so fragt sich weiter, ob die Vorinstanz zu Recht das im Konkurs der AG von der Ausgleichskasse erzielte Betreffnis einzig auf denjenigen Schadensteil angerechnet hat, welcher der Ausgleichskasse dadurch entstand, dass die AG paritätische Beiträge schuldig geblieben war. Das kantonale Gericht hat dazu erwogen: "Gestützt auf die erwähnte höchstrichterliche Rechtsprechung (gemeint ist BGE 112 V 152) ist aber festzustellen, dass die Forderung der Klägerin in diesem Konkurs offensichtlich falsch kolloziert worden ist. Da die konkursite N. + Z. AG nicht auch für die Beitragsschulden ihrer Vorgängerin in Höhe von Fr. 77'545.40 belangt werden konnte, hätte die Kollokation grundsätzlich auf den Betrag von Fr. 42'337.25 beschränkt bleiben müssen. Die unrichtige Kollokation hat zur Folge, dass die Klägerin in diesem Konkurs von seiten der konkursiten N. + Z. AG in Höhe von Fr. 60'373.60 befriedigt worden ist. Es ist ihr deshalb kein Schaden entstanden, da die Beitragsschuld der N. + Z. AG in Höhe von Fr. 37'772.50 voll gedeckt worden ist. Keine Rolle kann spielen, dass eine Befriedigung in dieser Höhe rechtlich gesehen nicht ausgewiesen wäre. Entscheidend ist allein, dass die Klägerin in dieser Höhe tatsächlich Befriedigung gefunden hat. Eine Grundlage für eine Schadenersatzforderung nach Art. 52 AHVG besteht deshalb nicht, soweit es um die von der N. + Z. AG geschuldeten

Beiträge geht."
b) Dieser Auffassung der Vorinstanz, welche die entscheidende Weichenstellung für die wiedergegebene Verfahrenserledigung ist (Erw. 4), kann nicht beigepflichtet werden. Denn das kantonale Gericht geht zu Unrecht davon aus, dass Beitragsschulden nicht von einem Arbeitgeber auf den anderen übertragen werden können. Das steht nicht im Widerspruch zu dem in Erw. 5 Gesagten, weil auch in diesem Zusammenhang die Beitrags- von der Schadenersatzpflicht begrifflich zu unterscheiden ist. In BGE 112 V 152 hat das Eidg. Versicherungsgericht nur entschieden, dass die öffentlichrechtliche Arbeitgeberstellung und die damit einhergehenden Pflichten nicht auf eine zweite neu gegründete Arbeitgeberin übertragen werden können. Hievon ist sehr wohl, wie die Vorinstanz es selber in anderem Zusammenhang richtigerweise tut, die Beitragsforderung der Ausgleichskasse zu unterscheiden. Nun trifft zwar zu, dass das gesamte AHV-Recht keine Vorschriften über die Beitragssukzession (Beitragsnachfolge) enthält, wie sie im Steuerrecht weit verbreitet und oftmals ausdrücklich vorgesehen sind (vgl. Art. 12 Abs. 2 BdBSt; MASSHARDT, Wehrsteuerkommentar, S. 48 f.). Zudem sichert das Steuerrecht die Einbringlichkeit der vom Steuernachfolger übernommenen Steuerschuld dadurch, dass bei juristischen Personen deren Organe und bei den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften deren unbeschränkt haftende Gesellschafter für die Bezahlung des geschuldeten Steuerbetrages zu sorgen oder Sicherheit dafür zu leisten haben, bevor über das Liquidationsergebnis verfügt werden kann (Art. 121 BdBSt; MASSHARDT, a.a.O., S. 447 f.). Trotz dieses Fehlens analoger Vorschriften über die Beitragsnachfolge im AHV-Recht hat das Eidg. Versicherungsgericht schon früh, einem praktischen Bedürfnis folgend, angenommen, dass kraft analoger Anwendung von Art. 181 Abs. 1 OR im öffentlichrechtlichen Bereich AHV-Beitragsschulden übertragbar sind und dass im Rahmen einer Geschäftsübernahme die übernehmende Arbeitgeberin für die von der Rechtsvorgängerin geschuldeten Beiträge einzustehen hat (EVGE 1963 S. 183 f. Erw. 2 i.f. mit Hinweis auf das unveröffentlichte Urteil Martelli vom 6. März 1956, bestätigt in EVGE 1965 S. 11); eine Rechtsprechung, welche übrigens in die Verwaltungspraxis Eingang gefunden hat (Rz. 1037 der vom BSV herausgegebenen Wegleitung über den Bezug der Beiträge in der AHV/IV/EO).
Entgegen der Auffassung der Vorinstanz unterliegt es somit keinem Zweifel, dass Beitragsschulden im Rahmen einer Geschäftsübernahme, wie sie hier vorliegt, übertragbar sind. Dabei behält die Beitragsforderung der Ausgleichskasse, entgegen der Auffassung der

Vorinstanz, das 2.-Klasse-Konkursprivileg nach Art. 219 SchKG. Dies hat das Bundesgericht beispielsweise in dem in Semaine judiciaire 1985 S. 557 publizierten Urteil Boulaz SA entschieden, wonach "le classement des créances colloquées doit être effectué en fonction de la nature de ces créances, non des personnes qui les produisent". Das entspricht auch der Doktrin, sagt doch AMONN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, 4. Aufl., ausdrücklich: Privilegiert ist - nach schweizerischem Recht - nicht der Gläubiger persönlich (wie z.B. nach gemeinem Recht), sondern die Forderung an sich; das Privileg haftet an der Forderung. Dies hat zur Folge, dass durch Abtretung die Forderung samt dem Privileg auf den neuen Gläubiger übergeht (a.a.O., S. 344 N. 56). Beim Schuldnerwechsel im Rahmen einer Geschäftsübernahme nach Art. 181 OR kann es sich nicht anders verhalten. c) Sind somit die verfallenen Beitragsschulden der Kollektivgesellschaft N. + Z. rechtswirksam auf ihre Rechtsnachfolgerin, die N. + Z. AG, übertragen worden, und zwar als AHV-rechtliche Beitragsverbindlichkeiten, so kann keine Rede davon sein, dass die Beitragsforderung der Ausgleichskasse, welche sie im Konkurs der N. + Z. AG anmeldete, im Umfange der von der Kollektivgesellschaft N. + Z. geschuldeten Beiträge unrichtig kolloziert worden ist. Es geht daher nicht an, die Konkursdividende auf die von der AG verursachten Beitragsschulden anzurechnen. Vielmehr ist die Konkursdividende nach der Regel des Art. 87 OR auf die früher fällig gewordenen Beitragsverbindlichkeiten anzurechnen. Das sind hier die Beitragsschulden, welche die aufgelöste Kollektivgesellschaft unbeglichen gelassen hat. Folglich ist die Ausgleichskasse in bezug auf jene Beitragsausstände, welche die AG verursacht hat, gänzlich zu Verlust gekommen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist der Ausgleichskasse somit diesbezüglich ein Schaden entstanden. Die Sache ist an das kantonale Gericht zurückzuweisen, damit es prüfe, ob hinsichtlich dieses Schadens die weiteren Voraussetzungen aller oder einzelner der drei Beschwerdegegner für eine Haftung gemäss Art. 52 AHVG, einschliesslich der Verwirkung nach Art. 82 AHVV, erfüllt sind.

7. Was den Beitragsausfall anbelangt, welchen die Ausgleichskasse dadurch erlitten hat, dass die von der Kollektivgesellschaft geschuldeten Beiträge weder von ihr noch von der Rechtsnachfolgerin bezahlt worden sind, beträgt der entsprechende Schadensposten (bundesrechtlich) infolge der Anrechnung des Konkursbetreffnisses nur noch rund Fr. 3'000.–. Nichtsdestotrotz sind

Urs N. und Josef Z. hiefür voll ersatzpflichtig, sofern die materiellen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind. Der Auffassung der Vorinstanz, die Ausgleichskasse hätte die Beitragsforderung gegenüber der aufgelösten Kollektivgesellschaft zunächst gegen die Gesellschafter durchzusetzen versuchen sollen, fehlt jede Grundlage; denn die Gesellschafter sind nicht - auch nicht subsidiär - beitragspflichtig. Vielmehr werden sie schadenersatzpflichtig, wenn die von ihnen konstituierte Personengesellschaft als beitragspflichtiger Arbeitgeber untergeht und verfallene Beitragsschulden zurücklässt. Die Ausgleichskasse durfte daher direkt die Schadenersatzpflicht gegen Urs N. und Josef Z. geltend machen, was sie vorliegend getan hat.

8. (Kostenpunkt)

Dispositiv

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerden werden dahingehend gutgeheissen, dass die angefochtenen Entscheide vom 5. März 1992 aufgehoben und die Sachen an das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen zurückge-

wiesen werden, damit es im Sinne der Erwägungen nach Prüfung der gesetzlichen Haftungsvoraussetzungen über die Schadenersatzpflicht der Beschwerdegegner neu entscheide.