

Markus Häusermann

Die neue Tragweite von Art. 52 AHVG unter revidiertem SchKG

Scharfe Kausalhaftung

Nicht abgelieferte Beiträge führen meistens zu Verantwortlichkeitsansprüchen

Unerfreuliche Post für ehemalige Verwaltungsräte konkursiter Unternehmen: Immer häufiger fordern die Ausgleichskassen rückständige Sozialversicherungsbeiträge direkt bei den Organen der ehemaligen Arbeitgeber ein. Handhabe dazu bietet die konstante Praxis des eidgenössischen Versicherungsgerichts, welche im Bereich der Haftung für Sozialversicherungsbeiträge zu einer faktischen Kausalhaftung führt. Diese Praxis widerspricht auch dem neuen Aktienrecht, das die Verantwortung der Verwaltungsräte klar umschreibt und eine teilweise Entlastung durch Delegation von übertragbaren Aufgaben zulässt.

Auf dem Papier nimmt sich die Vorschrift harmlos aus: Nur bei absichtlicher oder grobfahrlässiger Missachtung von Vorschriften, so bestimmt der Gesetzgeber, hat ein Arbeitgeber der Ausgleichskasse entstandenen Schaden zu ersetzen (Art. 52 AHVG; vgl. Kasten). Art. 52 AHVG ist seit 1948 unverändert im Gesetz belassen worden. Doch das neue SchKG brachte mit seiner Änderung der Privilegienordnung massiv grössere Verluste der AHV. Dies wiederum führte direkt zu einer deutlichen Zunahme der Ansprüche von Ausgleichskassen gegen die Organe von insolventen Gesellschaften. Der sehr knapp gehaltene Artikel ist angesichts der grossen Anzahl an Schadenersatzverfügungen von erheblicher praktischer Bedeutung¹.

Im rudimentären Gesetzeswortlaut ist das enorme Risikopotential für Verwaltungsräte auf den ersten Blick nicht ersichtlich. In der Folge sollen die Haftungsvoraussetzungen gemäss Art. 52 AHVG geprüft werden. Wie zu zeigen sein wird, ist vor allem die Auslegung von «absichtlicher» bzw. «grobfahrlässiger Missachtung von Vorschriften» des Gesetzeswortlauts von Art. 52 AHVG durch die Gerichte von zentraler Bedeutung.

Gesetzliche Grundlagen

Art. 52 AHVG:

Verschuldet ein Arbeitgeber durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften einen Schaden, so hat er diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen.

Art. 81 AHVV

¹ Der Ersatz eines vom Arbeitgeber verschuldeten Schadens wird von der Ausgleichskasse mit eingeschriebenem Brief verfügt, wobei auf die Einspruchsmöglichkeit gemäss Absatz 2 ausdrücklich aufmerksam zu machen ist.



Markus Häusermann
Fürsprecher und Notar, Bern

1. Der Schaden nach Art. 52 AHVG

Der Schaden nach Art. 52 AHVG tritt ein, wenn die Beiträge nicht mehr ordentlich erhoben werden können, d.h. wenn eine *Betreibung* zufolge *Zahlungsunfähigkeit*

¹ Schadenersatzverfügungen im Kanton Zürich 1994: 300; neu eröffnete Dossiers betreffend Schadenersatzverfügungen der Ausgleichskasse des Kantons Bern im Jahre 1994: 24, im Jahre 1995: 47, im Jahre 1996: 59, im Jahre 1997: 89, im Jahre 1998 bis September 1998: bereits 108. Damit hat sich die Zahl der eröffneten Dossiers der Ausgleichskasse des Kantons Bern von 1994 bis 1998 mehr als vervierfacht.

² Gegen die Schadenersatzverfügung kann der Arbeitgeber innert 30 Tagen seit ihrer Zustellung bei der Ausgleichskasse Einspruch erheben.

³ Besteht der Ausgleichskasse auf die Schadenersatzforderung, so hat sie bei Verwirklichung der Forderung innert 30 Tagen seit Kenntnis des Einspruches bei der Rekursbehörde des Kantons, in welchem der Arbeitgeber seinen Wohnsitz hat, schriftlich Klage zu erheben. Die Kantone regeln das Verfahren im Rahmen der Bestimmungen, die sie gemäss Artikel 85 AHVG zu erlassen haben.

⁴ Der Entscheid der kantonalen Rekursbehörde kann innert 30 Tagen seit der Zustellung an das Eidgenössische Versicherungsgericht weitergezogen werden. Dieses entscheidet endgültig.

Art. 82 AHVV

¹ Die Schadenersatzforderung verjährt, wenn sie nicht innert Jahresfrist seit Kenntnis des Schadens durch Erlass einer Schadenersatzverfügung geltend gemacht wird, auf jeden Fall aber mit Ablauf von fünf Jahren seit Eintritt des Schadens.

² Wird die Forderung aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorschreibt, so gilt diese Frist.

des Arbeitgebers angehoben wird². Beim Schaden handelt es sich v.a. um die nicht abgelieferten Sozialversicherungsbeiträge (AHV/IV/EO/ALV) und somit um rund 13% der Lohnsumme.

a) Die Schadenersatzverfügung gemäss Art. 81 AHVV

In der Praxis mahnen die Ausgleichskassen die Ablieferung der geschuldeten

Beiträge sehr spät. Die Erhebungsverfahren bei Einzelfirmen erfolgen gar erst nach rechtskräftiger Verfügung der direkten Bundessteuer. Dies kann unter Umständen eine jahrelange Verzögerung des ganzen Verfahrens zur Folge haben. Die Schadenersatzverfügung ihrerseits hat zusätzliche Verwaltungskosten, Mahgebühren, Verzugszinsen etc. zur Folge. Bei der Schadenersatzverfügung handelt es

sich im übrigen aber nicht um eine Beitragsforderung im Sinne des Gesetzes. Die Beitragsforderung wird im Konkurs eingegeben sowie auch beim Inhaber der Einzelfirma.

Die Schadenersatzverfügung wird oft erst *nach* Konkurseröffnung erlassen, da auch der Schaden erst nach dem Konkurs entstehen kann (siehe oben). Sie kann auch gegen den Konkursiten in Betreuung gesetzt werden (auf Pfändung) z.B. für das laufende Einkommen, ohne dass der Schuldner hier die Einrede mangelnden neuen Vermögens erheben könnte.³

b) Schadenersatzansprüche anderer Vorsorgeeinrichtungen

Im Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenvorsorge (BVG) und im Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) bestehen keine analogen Gesetzesbestimmungen wie im Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG), d.h. dass Pensionskassen wie auch andere Gläubiger auf die Haftungsregeln des Obligationenrechts verwiesen sind und wie die übrigen Gläubiger nur im Fall einer Abtretung der Verantwortlichkeitsansprüche auf die verantwortlichen Organe greifen können.

c) Die Bemessung des Schadenersatzes

Die Herabsetzungsgründe bei der Schadenersatzbemessung sind in letzter Zeit etwas erweitert worden⁴. Als Herabsetzungsgrund gilt vor allem ein Mitverschulden der Ausgleichskasse, etwa wenn sie jahrelang elementare Vorschriften des Beitragsbezugs missachtet hat oder wenn während längerer Zeit keine Kontrollen durchgeführt wurden.

Konkrete Massnahmen für Organe vor Konkurseröffnung bzw. der Bilanzdeponierung

- Schriftliche Bestätigung der zuständigen Ausgleichskasse verlangen, dass keine Beiträge mehr ausstehend sind.
- Letzte Lohnzahlungen nur in der Höhe veranlassen, in welcher auch Beiträge an AHV bezahlt werden können. Sicherstellung ist über Konkurseröffnung schwer zu bewerkstelligen; die Zahlung ist auszuführen und die Ausführung durch Bank noch zu überwachen (Problem der Gläubigerbevorzugung).
- Sachwalter während der Nachlassstundung haben zusätzlich zur Weisung an die Geschäftsleitung auch die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge zu überwachen.
- Evtl. vorzeitiger Rücktritt aus VR.

² BGE 123 V 16, Erw. 5

³ Art. 75 Abs. 2 und 265a SchKG

⁴ BGE 122 V 185

2. Die Widerrechtlichkeit nach Art. 52 AHVG

Praktisch alle Fälle der Nichtablieferung von Beiträgen sind Verstösse gegen Art. 14 AHVG, in dem die Pflicht der Entrichtung von Beiträgen bei unselbständiger Erwerbstätigkeit statuiert ist. Die Nichterfüllung dieser Bestimmung bedeutet eine Missachtung von Art. 52 AHVG.⁵

3. Die Sorgfaltspflichtverletzung des Verwaltungsrates

Bei der Sorgfaltspflicht unterscheidet das eidgenössische Versicherungsgericht die Sorgfaltspflichten der Verwaltungsräte *je nach Grösse der Gesellschaft*:

«Bei einfachen Verhältnissen muss vom einzigen Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft in der Regel der Überblick über alle wesentlichen Belange einer Firma verlangt werden, und dies selbst dann, wenn er seine Befugnisse weitgehend an einen Geschäftsführer delegiert hat.

Bei mehreren Verwaltungsräten, von denen einer die Geschäftsführung besorgt, handeln die andern schuldhaft, wenn sie die nach den Umständen gebotene Aufsicht nicht ausüben. Bei zwei Mitgliedern beurteilen sich die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle nach einem strengeren Massstab. Jedes Verwaltungsratsmitglied hat sich periodisch über den Geschäftsgang und über wichtige Geschäfte auch ausserhalb des ihm zugewiesenen Ressort informieren zu lassen, Rapporte zu verlangen, diese sorgfältig zu studieren, nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzuholen, Irrtümer abzuklären versuchen und bei Unregelmässigkeiten einzuschreiten. Ergibt sich aus diesen Informationen der Verdacht falscher oder unsorgfältiger Ausübung der an einem Mitverwaltungsrat delegierten Geschäfts- und Vertretungsbefugnisse, ist jedes Verwaltungsratsmitglied verpflichtet, auch ausserhalb seines Zuständigkeitsbereiches die erforderlichen Abklärungen zu treffen oder (nötigenfalls durch Sachverständige) treffen zu lassen, sowie eine genaue und strenge Kontrolle hinsichtlich der Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften auszuüben.

Konkrete Massnahmen bei Eintritt in den Verwaltungsrat

- Solidarität beachten (nur mit gleich vermögenden oder reicheren Verwaltungsräten in gleichen Gremien sitzen).
- Haftpflichtversicherung abschliessen (Problem Regress).
- Effektiver Eintritt und nicht der Handelsregistereintrag ist massgeblich für den Haftungsbeginn.
- Bestätigung der Ausgleichskasse verlangen, dass sowohl laufende als auch verfallene Sozialversicherungsbeiträge bezahlt sind. Für diese haftet man nämlich bei Eintritt auch (vorbehältlich adäquater Kausalität).

Bei einer Grossfirma wird es dem Verwaltungsratspräsidenten nicht als grobfahrlässigen Verschulden angerechnet werden können, wenn er nicht jedes einzelne Geschäft, sondern nur die Tätigkeit der Geschäftsleitung und den Geschäftsgang im allgemeinen überprüft und daher beispielsweise nicht beachtet, dass in Einzelfällen die Abrechnung über Lohnbeträge nicht erfolgt ist. Das Gegenstück wäre der Präsident des Verwaltungsrates einer Firma, der faktisch das einzige ausführende Organ der Firma ist oder aber der Verwaltungsratspräsident einer Firma, dem aus irgendwelchen Quellen bekannt ist oder doch bekannt sein sollte, dass die Abrechnungspflicht möglicherweise mangelhaft erfüllt wird.

Wenn sich die Gesellschaft in schwierigen finanziellen Zeiten, etwa mittels Globalzession, in ein Abhängigkeitsverhältnis zu ihrer Bank begibt, fällt ein Schuldvorwurf gegenüber den Gesellschaftsorganen dann ausser Betracht, wenn es ihnen trotz entsprechenden Bemühungen gemäss den gesetzlichen Vorschriften faktisch unmöglich war, für die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge besorgt zu sein. Als Entschuldigungs- und Rechtfertigungsgrund kommt indes nur ein Abhängigkeitsverhältnis in Frage, das aus schützenswerten und unternehmerischen oder betriebswirtschaftlichen Überlegungen, der Not der Stunde gehorchend, eingegangen werden musste; dabei bleiben « in Anbetracht der Übertragbarkeit der AHV-rechtlichen Arbeitgeberpflichten » die Organe auch in einem solchen Fall verpflichtet, das ihnen noch Mögliche und

Zumutbare für die Ablieferung der Sozialversicherungsbeiträge zu unternehmen. Bestehen demgegenüber Anhaltspunkte dafür, dass sich die Unternehmung bewusst in Abhängigkeit zur Bank gebracht hätte, um sich dann für den Fall von Zahlungsrückständen gegenüber der Sozialversicherung darauf zu berufen, zur Wahrnehmung ihrer Arbeitgeberpflichten gar nicht mehr in der Lage gewesen zu sein, könnte von einem Entschuldigungsgrund von vornherein nicht gesprochen werden.⁶

Diese Rechtsprechung ist *wirklichkeitsfremd* vor allem in grösseren Unternehmen und bei nicht geschäftsführenden Verwaltungsräten. Sie widerspricht auch der üblichen und gesetzlichen Aufteilung der unübertragbaren Aufgaben eines Verwaltungsrates gemäss Art. 716a OR: Im Ergebnis erweitert sie die obligationenrechtliche Verantwortlichkeit.

Immerhin wäre bei dieser heutigen «Kausalhaftung» zu prüfen, ob die Ausgleichskasse nicht vor einer Zustimmung zu einem Nachlassvertrag die Organe auf allfälligen Schaden aufmerksam machen müsste (Art. 303 SchKG). Die Lohnkosten entstehen normalerweise mit Bewilligung des Sachwalters und werden damit in einem späteren Konkurs zu Massakosten und sind somit überprivilegiert. Primär verantwortlich bleiben auch während der Nachlassstundung die bisherigen Organe,

⁵ vgl. Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, AJP, 9/1996, S. 1076

⁶ vgl. Nussbaumer, AJP, a.a.O., S. 1078

ausser der Nachlassrichter habe diesen gemäss Art. 298 Abs. 1 SchKG die Geschäftsführungsbefugnis entzogen. Früher können sich die Verwaltungsräte ihrer Verantwortung mit einer Demission aus dem Verwaltungsrat entledigen.⁷

Seit kurzer Zeit schreiben die einzelnen Ausgleichskassen gleichzeitig mit der Bearbeitung der Beitragsforderung auch die einzelnen Verwaltungsräte und Organe direkt und persönlich an und machen sie auf die persönliche Verantwortung in Bezug auf die Beitragsforderungen aufmerksam. Die formellen und faktischen Organe des Arbeitgebers können subsidiär belangt werden. Falls die Organe auch jetzt noch untätig bleiben, ist ein Verschulden durch Untätigkeit auch für das allgemeine Rechtsempfinden eher gegeben.

Fazit: Das Verschulden gemäss Art. 52 AHVG

Die höchstrichterliche Rechtsprechung in diesem Bereich ist so rigid wie umstritten.⁸ Das Gesetz verlangt klar entweder Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit – im Gegensatz dazu genügt bei der Haftung des Verwaltungsrates nach Obligationenrecht gemäss Art. 754 OR leichte Fahrlässigkeit –, doch die Praxis des Eidg. Versicherungsgerichts führt im Ergebnis zu einer Kausalhaftung und damit zu einer Umkehrung der Verhältnisse: Gemäss Praxis des eidgenössischen Versicherungsgerichtes darf die Ausgleichskasse im Schadenfall davon ausgehen, dass der Arbeitgeber die Vorschriften absichtlich oder mind. grobfahrlässig verletzt hat, sofern keine Anhaltspunkte für die Rechtmässigkeit des

Handelns oder die Schuldlosigkeit des Arbeitgebers bestehen.⁹

Konkretes wirtschaftliches Ergebnis: Eine Kausalhaftung mit absoluter Solidarität in jedem Konkursfall ohne Delegationsmöglichkeit, in dem Betrag, wie die AHV kolloziert wird.

⁷ BGE 112 V 5, Erw. 3c, 109 V 94 f, Nussbaumer, ZAK, S. 107

⁸ vgl. T. Nussbaumer, ZAK 10/1991, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Art. 52 AHVG, S. 105, bzw. AJP, 9/1996, S. 1077 ff

⁹ BGE 108 V 187, Erw. 1b

Einige Kernpunkte aus der Wegleitung über den Beitragsbezug (WBB):

- N 6019 Muss sich der Arbeitgeber bewusst werden, dass er möglicherweise von einer Leistung Beiträge zu entrichten hat, so handelt er grobfahrlässig, wenn er sich bei der Ausgleichskasse nicht darüber erkundigt.
- N 6021.1 Die kurze Dauer des Beitragsausstandes ist als ein Element des Verschuldens im Rahmen der Gesamtwürdigung aller Umstände im Sinne der Rechtsprechung zu den Entlastungsgründen zur Verneinung der Schadenersatzpflicht zu betrachten.
- N 6022 Ist der Arbeitgeber eine Aktiengesellschaft, so sind grundsätzlich strenge Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der Organe zu stellen. Das Verschulden ist indessen nach den Verhältnissen im Einzelfall zu beurteilen. So ist vom Verwaltungsratspräsidenten als einzig ausführendem Organ der Firma ein höheres Mass an Sorgfalt zu verlangen als vom Verwaltungsrat eines Grossunternehmens, dessen Kontrollmöglichkeiten eingeschränkt sind.
- N 6022.1 Die Delegation von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen an Dritte entbindet die Organe nicht von ihrer Überwachungspflicht im Sinne von Art. 716a Abs. 1 OR
- N 6022.2 Der Verwaltungsrat, der trotz offenkundig gewordener Verluste von bedrohlichem Ausmass keine Auskünfte über die Ablieferung und Abrechnung der Beiträge einholt und keine Weisungen erteilt oder Kontrollen veranlasst, handelt grobfahrlässig. Passivität trotz (möglicher) Kenntnis ausstehender Beitragszahlungen ist als grobe Fahrlässigkeit zu werten.
- N 6022.3 Die Aufsichtspflicht bezüglich der Einhaltung der gesetzlichen Pflicht zur Beitragsentrichtung ist umso strenger zu beurteilen, wenn ein Organ faktisch von der Geschäftsführung ausgeschlossen wird.
- N 6022.4 Ein «Strohmann», der von seinen Kontrollbefugnissen keinen Gebrauch macht, handelt grobfahrlässig.
- N 6022.5 Der Umstand, dass ein Organ juristischer Laie ist, entbindet es nicht von seiner Haftung.¹⁰

¹⁰ Nachtrag 3 zur Wegleitung über den Bezug der Beiträge (WBB) in der AHV, IV und EO, Bundesamt für Sozialversicherung

Vergleich zwischen der Haftung nach OR und der Haftung nach AHVG

Der Haftungstatbestand nach Art. 52 AHVG steht im Gegensatz zu der Organhaftung gemäss Art. 754 OR und Art. 55 ZGB. Die Unterschiede zwischen diesen beiden Haftungsmöglichkeiten gestalten sich folgendermassen:

	Haftung nach OR	Haftung nach AHVG
Gesetzliche Grundlage	Art. 754 OR und Art. 55 ZGB	Art. 52 AHVG
Solidarität	Diese ist eingeschränkt und richtet sich nach dem Verschulden. Es wird auch im Aussenverhältnis gehaftet.	Die solidarische Haftung ist uneingeschränkt.
Verschulden	Verschuldenshaftung aus privatem Recht. Das Verschulden ist schwierig zu beweisen, da die Beweislast beim Geschädigten liegt.	Verschuldenshaftung aus öffentlichem Recht, die in Wirklichkeit als Ergebnis der Praxis des EVG eine Kausalhaftung darstellt. ¹¹
Anwendungsbereich im Konkursfall	Für alle Schulden. Diese müssen primär durch die Konkursverwaltung geltend gemacht werden. Dabei gilt die Dispositionsmaxime.	Schadenersatzpflicht für Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge. Es existiert ein direktes Forderungsrecht, denn die Ausgleichkasse erlässt direkt eine Schadenersatzverfügung.
Verjährung und Verwirkung	Fünf Jahre seit Kenntnis des Schadens. Zehn Jahre seit schädigender Handlung	Ein Jahr seit Kenntnis des Schadens, spätestens fünf Jahre nach Eintritt des Schadens. Hierbei handelt es sich um eine Verwirkungsfrist

¹¹ vgl. BGE 108 V 187, ZAK 1987, 300. Diese Regelung weicht erheblich von jener des OR ab und ist mit dieser im Grunde nicht vereinbar

Ist die Hausbank als Organ haftbar?

Diese Frage wurde vom Eidg. Versicherungsgesetz ausdrücklich offengelassen.

Die herrschende Lehre bejaht die Organstellung und damit die Haftung der Bank, wenn:

- die Bank selbständig über Bezahlung von Forderungen entscheidet und
- sich weigert, die Beiträge abzuliefern¹²

Diese Stellung ist gerade in der Nachlassstundung oder kurz vor Konkursöffnung recht häufig anzutreffen.

¹² Nussbaumer, a.a.O. AJP, 1996, FN 95, S. 1078