

S1 17 65
damit vereinigt S1 17 69

URTEIL VOM 7. DEZEMBER 2017

**Kantonsgericht Wallis
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung**

Besetzung: Dr. Thierry Schnyder, Präsident; Eve-Marie Dayer-Schmid und Thomas Brunner, Kantonsrichter; Petra Stoffel, Gerichtsschreiberin

in Sachen

X _____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt M _____,

und

Y _____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt N _____,

gegen

AUSGLEICHSKASSE DES KANTONS WALLIS, 1951 Sitten, Beschwerdegegnerin

(Schadenersatzverfahren)

Beschwerde gegen die Entscheide vom 13. Februar 2017

Verfahren und Sachverhalt

A. X _____ (Präsident) und Y _____ waren Verwaltungsratsmitglieder mit Kollektivunterschrift zu zweien der A _____ AG mit Sitz in B _____ (Akten der Ausgleichskasse act. 1). C _____ waltete als Geschäftsführer der Firma. Diese beschäftigte Arbeitnehmer und war bis zur Konkurseröffnung am xxx 2014 der Ausgleichskasse des Kantons Wallis (fortan Ausgleichskasse) als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen (act. 2 und 3). Sie bezahlte Löhne, auf welche sie bei der Ausgleichskasse die AHV/IV/EO- und ALV-Beiträge zu entrichten hatte (act. 11).

Am xxx 2014 wurde über die A _____ AG der Konkurs eröffnet (Handelsamtsblatt vom xxx 2014, act. 7), in welchem die Ausgleichskasse ihren Ausstand von CHF 192'341.70 (act. 14) anmeldete. Am 27. März 2015 teilte die Vorsteherin des Konkursamtes die Auflage des Kollokationsplanes sowie des Inventars mit (act. 8) und informierte am xxx 2015 (act. 9) über den Freihandverkauf der Fabrikationshalle in B _____ .

B. Mit Schadenersatzverfügungen vom xxx 2016 (act. 15) bzw. xxx 2016 (act. 17 und 18) forderte die Ausgleichskasse von X _____, C _____ und Y _____ die Bezahlung der noch ausstehenden Beträge (Beiträge auf Löhne 2012 - 2014 inkl. Verzugszinskosten) in der Höhe von CHF 192'241.70. Gegen diese Verfügungen erhoben die Belangten am xxx 2016 bzw. am xxx und xxx 2016 (act. 19-21) Einsprachen mit den Begründungen, man habe keine Entscheidungsgewalt über die finanziellen Geschicke der Firma gehabt, die Schadenshöhe sei nicht nachvollziehbar und man sei nicht ins operative Geschäft eingebunden gewesen. Ferner sei der Konkurs noch nicht abgeschlossen und müsse ein grobfahrlässiges Verhalten verneint werden. Mit Entscheiden vom xxx 2016 (act. 22) und xxx 2017 (act. 23-24) wurden die Einsprachen teilweise gutgeheissen, indem die Verfügung gegen C _____ aufgehoben wurde, diejenigen gegen die übrigen Belangten aber aufrechterhalten wurden. C _____ wurde aufgrund der speziellen Umstände von der Haftung befreit. Demgegenüber liess die Ausgleichskasse den Umstand, dass X _____ und Y _____ nicht ins operative Geschäft eingebunden gewesen wären, nicht als Exkulpationsgrund gelten. Bei pflichtgemäsem Handeln und Wahrnehmung ihrer Kontroll- und Aufsichtspflichten als Verwaltungsräte hätte der Schaden vermieden werden können. Die Beitragsverfügung vom 24. Januar 2014 sei ausserdem in Rechtskraft erwachsen, weshalb an der Schadenssumme festgehalten werde. Aufgrund der Arbeitgeberkontrolle seien sodann anhand der Lohnbuchhaltung sowie des Hauptbuches die Löhne für das Jahr 2014 und

die Beiträge darauf festgesetzt worden. Schliesslich sei die von der Aktiengesellschaft übernommenen Wohnungsmieten im Betrag von CHF 2'000 pro Monat zugunsten von D _____ als Lohnbestandteil zu erfassen.

C. Gegen die abweisenden Entscheide erhoben X _____ und Y _____ am xxx 2017 Beschwerde bei der Sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts Wallis. Sie beantragten die Aufhebung der Schadenersatzverfügungen, da ihnen kein absichtliches oder grobfährlässiges Verhalten vorgeworfen werden könne. Sie seien nicht ins operative Geschäft eingebunden gewesen, sondern man habe einen CEO bzw. einen Geschäftsführer eingesetzt. Diese Anstellung habe zur Folge gehabt, dass sich der Verwaltungsrat nicht mehr um das operative Geschäft habe zu kümmern brauchen, vielmehr hätten sie darauf vertrauen dürfen, dass der Geschäftsführer die Beiträge bezahle. Man habe auch auf die Bezahlung der Beiträge hingewiesen und sich dies zusichern lassen. Im Weiteren werde die Höhe der Forderung bestritten. Die nacherfassten Lohnsummen inkl. Ferien- und Überstundenentschädigungen seien nicht nachvollziehbar und für das Jahr 2014 sei keine Akontoverfügung ergangen. Die Beitragsforderungen seien ausserdem unterschiedlich hoch erhoben worden. Da der Konkurs noch nicht abgeschlossen sei, sei auch die Höhe des Schadens nicht bezifferbar. Es fehle schliesslich an einem Kausalzusammenhang. Generell sei der Sachverhalt nicht abgeklärt und das rechtliche Gehör verletzt worden. Y _____ ergänzte, er habe die konkursite Gesellschaft finanziert und Darlehen im Umfang von CHF 4'950'000 (am 7. Februar 2013) bzw. von CHF 250'000 (am 31. Januar 2014) und CHF 200'000 (am 3. Juni 2014) gewährt. Dabei sei er davon ausgegangen, dass mit diesen Einschüssen die Beiträge der AHV beglichen würden. Er habe damit auch alles daran gesetzt, die Gesellschaft vor dem Konkurs zu bewahren.

In ihren Beschwerdeantworten vom 3. Mai 2017 hielt die Ausgleichskasse an den Einspracheentscheiden fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde. Ein Verwaltungsratsmitglied könne mit der Delegation der Geschäftsführung nicht zugleich auch seine Verantwortung als Verwaltungsratsorgan an den Geschäftsführer delegieren. Es seien keine konkreten Massnahmen eingeleitet worden, damit die paritätischen Beiträge bezahlt würden. Die Forderung sei aufgrund der Akten belegt, insbesondere seien die Beiträge für das Jahr 2013 rechtskräftig. Im Übrigen sei von den Beschwerdeführern der Beweis zu erbringen, dass die von der Kasse festgestellte Schadenshöhe nicht korrekt sei. Rechtsprechungsgemäss müsse bei einer ungewissen Konkursdividende, die Ausgleichskasse den ganzen ihr entzogenen Betrag geltend machen.

Im zweiten Schriftenwechsel hielten beide Parteien an ihren Standpunkten fest und bekräftigten ihre Anträge.

Auf weitere Parteivorbringen wird, soweit entscheidungswesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1. Gemäss Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG) kann gegen Einspracheentscheide innerhalb von 30 Tagen nach deren Eröffnung Beschwerde bei einem vom Kanton bestellten Versicherungsgericht eingereicht werden (Art. 57 ATSG und Art. 60 ATSG). Die am 16. März 2017 gegen die Einspracheentscheide der Ausgleichskasse vom 13. Februar 2017 eingereichten Beschwerden erfolgten fristgerecht.

Über Beschwerden gegen Verfügungen und Einspracheentscheide kantonaler Ausgleichskassen entscheidet in Abweichung von Artikel 58 Absatz 1 ATSG das Versicherungsgericht am Ort der Ausgleichskasse (Art. 84 Abs. 1 AHVG), weshalb die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Kantonsgerichts Wallis örtlich und sachlich zuständig ist.

Die Beschwerdeführer sind von den Verfügungen bzw. den Entscheiden der Ausgleichskasse berührt (Art. 59 ATSG) und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist somit zur Beschwerde legitimiert.

Auf die frist- und formgerecht eingereichten Beschwerden ist demzufolge einzutreten (Art. 60 ATSG).

2. Gemäss Art. 11b Abs. 1 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS/VS 172.6) kann die zuständige Behörde von Amtes wegen oder auf Gesuch hin die Vereinigung von Verfahren anordnen, die auf dem gleichen Sachverhalt oder auf gleicher rechtlicher Grundlage beruhen. Diese Voraussetzungen sind bei den hier zu beurteilenden Beschwerden von X _____ und Y _____ erfüllt, weshalb die beiden Verfahren verbunden werden (BGE 132 V 236 E. 1 mit Hinweisen).

3. Die Beschwerdeführer beantragen die Aufhebungen der hier angefochtenen Entscheide. Ferner verlangen sie explizit die Feststellung, dass sie keine Entschädigungspflicht treffe. Entscheidender Gesichtspunkt ist, dass sie mit ihren Anträgen nicht auf

reine Feststellungsentscheide abzielen. Vielmehr wollen die Beschwerdeführer eine Klärung der Rechtslage im Hinblick auf die Haftung betreffend den geltend gemachten Schaden. Wird ein entsprechender Antrag abgelehnt, ist dieser Entscheid rechtsgestaltender Natur im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a oder c VwVG, weshalb für einen reinen Feststellungsentscheid kein Interesse mehr besteht. Auf die Feststellungsbegehren wird daher nicht eingetreten.

4.

4.1 Gemäss Art. 52 Abs. 1 AHVG hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung einen Schaden zufügt, diesen zu ersetzen. Ist die Arbeitgeberin eine juristische Person, so kann sich die Haftung gemäss Art. 52 AHVG subsidiär auf deren verantwortlichen Organe ausdehnen (KVGE-Urteil vom 22. Oktober 2003 in Sachen B. c/ CIVAF; KVGE-Urteil vom 5. Oktober 2004 in Sachen R. c/ CIVAF; SVR 2003 AHV Nr. 4; BGE 128 V 89 E. 2b, 123 V 15).

Nach der Rechtsprechung haften mehrere nach Art. 52 AHVG Schadenersatzpflichtige solidarisch. Die solidarische Haftung erlaubt der Ausgleichskasse, gegen alle oder lediglich einige von ihnen, allenfalls nur einen einzelnen, vorzugehen (BGE 119 V 86). Die Haftung mehrerer ändert zwar nichts daran, dass der einzelne gegenüber der Ausgleichskasse den ganzen von ihm zu verantwortenden Betrag schuldet. Die rechtliche oder tatsächliche Stellung eines Schadenersatzpflichtigen wird aber dadurch verändert, dass er gegebenenfalls gegen allfällige Mithaftende regressieren kann (BGE 132 II 523) oder die Ausgleichskasse möglicherweise die Forderung zuerst gegen andere Mithaftende vollstreckt. Er hat daher ein rechtliches und faktisches Interesse daran, dass neben ihm auch andere Personen für haftbar erklärt werden. Dieses Interesse kann es rechtfertigen, den in Anspruch Genommenen auch an Verfahren gegen andere potenziell Schadenersatzpflichtige zu beteiligen.

4.2 Im Schadenersatzverfahren handelt es sich nicht um eine Schuldzuweisung, sondern um die Feststellung, dass die Beiträge nicht innert Frist beglichen worden seien. Die Beitragszahlungspflicht beinhaltet eine gesetzliche Aufgabe, deren Nichterfüllung eine Missachtung von Vorschriften gemäss Art. 52 AHVG bedeutet (BGE 118 V 195). Nach der Rechtsprechung ist die Ausgleichskasse nicht befugt, mit der Geltendmachung ihrer Schadenersatzforderung zuzuwarten, bis zu jenem Zeitpunkt, in welchem sie das - grundsätzlich erst bei Abschluss des Konkursverfahrens feststehende - absolut genaue Ausmass ihres Verlustes kennt. Vielmehr wird von ihr verlangt, dass sie von

dem Zeitpunkt an, in dem sie alle tatsächlichen Umstände über die Existenz, die Beschaffenheit und die wesentlichen Merkmale des Schadens kennt, sich über die Einzelheiten eines allfälligen Schadenersatzanspruchs informiert. Kann dabei im Zeitpunkt der Auflegung des Kollokationsplanes und des Inventars die Schadenhöhe infolge ungewisser Konkursdividende nicht bzw. auch nicht annähernd genau ermittelt werden, so ist die Schadenersatzverfügung derart auszugestalten, dass die Belangten zum Ersatz des ganzen der Ausgleichskasse entgangenen Betrages gegen Abtretung einer allfälligen Konkursdividende verpflichtet werden. Dieses auch auf dem Gebiet des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts gewählte Vorgehen ist vom Bundesgericht aus Gründen der Verfahrensökonomie und der Rechtssicherheit sowie unter dem Gesichtspunkt der Zielsetzung des Schadenersatzrechts auf Forderungen gemäss Art. 52 AHVG und Art. 82 Abs. 1 AHVV sowohl bei Konkursen als auch in Fällen von Nachlassverträgen mit Vermögensabtretung für anwendbar erklärt worden (BGE 116 V 72).

5.

5.1 Zu prüfen ist vorliegend in formeller Hinsicht, ob die Ausgleichskasse das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer verletzt hat, indem sie ihnen keine Gelegenheit gab, im Einspracheverfahren mitzuwirken. Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

5.2 Nach Art. 42 ATSG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung einer Person eingreift. Dazu gehört insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisansprüchen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 S. 371).

Nach den bis am 31. Dezember 2002 geltenden Bestimmungen waren die Ansprüche aus Art. 52 AHVG im Klageverfahren durchzusetzen. Dabei bestand gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung sowohl im Verfahren vor dem Eidg. Versicherungs als auch im Verfahren vor den kantonalen Sozialversicherungsgerichten die Pflicht zur Beiladung anderer von der Ausgleichskasse ebenfalls belangter Solidarschuldner als Mitinteressierte. Gleiches gilt nun auch für die Ausgleichskassen in dem seit dem 1.

Januar 2003 bei Streitigkeiten betreffend Schadenersatz vorangehenden Einspracheverfahren nach Art. 52 ATSG (BGE 134 V 306 E. 3.3). Daraus folgt, dass die Ausgleichskasse bereits im Rahmen der Schadenersatzverfügungen auf eine allfällige Solidarschuldnerhaft die jeweiligen Belangten hinzuweisen hat. Die Einsprache- bzw. Beschwerdebefugnis setzt in der Regel eine formelle Beschwer voraus: Einsprache bzw. Beschwerde kann nur erheben, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und mit seinen Anträgen ganz oder teilweise unterlegen ist (BGE 127 V 107 E. 2a). Deshalb müssen grundsätzlich alle diejenigen, die zur Einsprache bzw. Beschwerde legitimiert sind, auch im vorangehenden Verfahren Parteistellung haben können. Namentlich muss am Einspracheverfahren teilnehmen können, wer zur Beschwerde an das kantonale Versicherungsgericht legitimiert ist (BGE 134 V 306 E. 3.3.1). Rechtssprechungsgemäss ist der zur Bezahlung von Schadenersatz Verpflichtete zur Beschwerde gegen Entscheide berechtigt, mit denen potentiell ebenfalls Ersatzpflichtige von der Haftung befreit werden (BGE 134 V 306). Mithin muss er auch die Möglichkeit haben, sich am vorangehenden Einspracheverfahren zu beteiligen (BGE 134 V 306 E. 3.3.2).

Die Rechtsfolgen, wenn eine Person zu Unrecht nicht in das Verfahren eines Dritten einbezogen worden ist, hängen vom Einzelfall ab und ergeben sich aus einer Interessenabwägung (BGE 134 V 306 E. 4).

5.3 Vorliegend erliess die Ausgleichskasse drei Schadenersatzverfügungen und belangte jeden dieser Personen für die Gesamtsumme. Wie die Kasse richtig darlegt, steht es im Belieben der Kasse eine oder mehrere Personen für den Schaden zu belangen. In keiner dieser Verfügungen wird jedoch erwähnt, dass der jeweilige Belangte solidarisch für denselben Betrag mit zwei anderen Firmenmitgliedern haftet. Die Belangten wurden diesbezüglich in Unkenntnis belassen, womit sich bereits bei Erlass der Verfügung die Frage nach einer Gehörsverletzung stellt.

In der Folge erhoben die drei Mitglieder der Firma jeweils gegen die sie betreffende Verfügung Einsprache. Die Ausgleichskasse sah auch zu diesem Verfahrenszeitpunkt davon ab, die Belangten über die laufenden Einspracheverfahren in Kenntnis zu setzen oder deren Solidarhaftung anzuzeigen. Ferner unterliess sie es auch ihnen in Form einer Beiladung das rechtliche Gehör zu gewähren. Die Unterlassung dieser Beiladung stellt zweifelsfrei eine Gehörsverletzung dar. Diese wirkt sich umso schwerwiegender aus, als die Ausgleichskasse im Rahmen des Einspracheentscheides eine belangte Person von der Haftung befreite, gegenüber den Beschwerdeführern jedoch die Forderungen im vollen Umfang aufrechterhielt. Die Entscheide wurden wiederum nur den

jeweiligen Interessierten eröffnet. Damit beginnt die Ausgleichskasse einen weiteren Eröffnungsfehler. Die Beschwerdeführer wären nach Art. 59 ATSG zur Anfechtung des freisprechenden Einspracheentscheides legitimiert gewesen, was ihnen mangels Beiladung zum Einspracheverfahren und mangels Zustellung der Verfügungen bzw. der Entscheide jedoch verunmöglicht worden war.

5.4 Vorliegend hatten die belangten Mitglieder inkl. die Beschwerdeführer keine Kenntnis davon, dass jeweils ein anderes Mitglied des Verwaltungsrates sowie der Geschäftsführer für dieselbe Schadenssumme ins Recht gefasst worden waren. Davon konnten sie auch keine Kenntnis erhalten, da die Ausgleichskasse jeglichen Hinweis unterliess und auf Einwände hinsichtlich Fehlverhalten übriger Firmenmitglieder nicht reagierte. In den Einsprachen wiesen die Beschwerdeführer zwar explizit darauf hin, dass dem Geschäftsführer eine tragende Rolle zugekommen war, nichts destotrotz wurden sie von der Ausgleichskasse weder darauf aufmerksam gemacht, dass dieser ebenfalls eine Schadenersatzverfügung erhalten hatte, noch wurden sie im Rahmen des Einspracheverfahrens darüber informiert, dass dieser schliesslich von der Haftung befreit worden war. Es war ferner nie zu einer Beiladung gekommen. Insoweit die Ausgleichskasse hier vorbringt, die Beschwerdeführer hätten Akteneinsicht erhalten, trifft dies zwar auf ihr persönliches Verfahren zu, nicht jedoch auf die anderen laufenden Verfahren. Schliesslich wurden die Beschwerdeführer auch nicht in das jeweilige andere Einspracheverfahren einbezogen und erhielt erstmals davon im Rahmen des Beschwerdeverfahrens Kenntnis.

5.5 Da die Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren nicht vom selben Anwalt vertreten waren wie die übrigen Mithaftenden, hatten sie soweit ersichtlich keine Kenntnis über die Hängigkeit der beiden Schadenersatzverfahren und damit auch keine Möglichkeit zu einer unaufgeforderten Stellungnahme. Da die Wahrnehmung ihrer Mitwirkungsrechte dadurch nicht nur beeinträchtigt, sondern einschliesslich sämtlicher Teilrechte entzogen und vollständig verunmöglicht wurde, ist die von der Vorinstanz begangene Gehörsverletzung grundsätzlich als schwerwiegend zu qualifizieren. Des Weiteren geht aus den Akten hervor, dass diese den Beschwerdeführern trotz Hinweise eines allfälligen Fehlverhaltens eines dritten Mitgliedes keine Frist für eine Stellungnahme gesetzt hat. Dies deutet darauf hin, dass die Vorinstanz die Gehörsverletzungen in Kauf genommen hat, was eine Heilung im Grunde nicht mehr rechtfertigen lässt. Insgesamt wiegen die Verfahrensfehler der Vorinstanz derart schwer und gehäuft, dass eine Heilung ausgeschlossen ist (BGE 137 I 273; vgl. dazu Pierre Tschannen/Ulrich

Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, § 31 Randziffer 16 mit Hinweisen).

Unter diesen Umständen erweisen sich die angefochtenen Entscheide, wie deren zugrundeliegenden Verfügungen, allesamt als nichtig. Dies führt zur Feststellung der Nichtigkeit der angefochtenen Einspracheentscheide.

6.

6.1 Gemäss Art. 61 lit. a ATSG ist das Verfahren für die Parteien grundsätzlich kostenlos. Es bestehen keine Gründe, von dieser Regel abzuweichen.

6.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführer Anspruch auf eine Parteientschädigung, die das Gericht unter Würdigung der Bedeutung, der Schwierigkeit der Streitsache, des Umfangs der Arbeitsleistung sowie der durch den Rechtsstreit entstandenen Auslagen auf CHF 900 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festsetzt (Art. 61 lit. g ATSG; Art. 4 Abs. 2 GTar; BGE 121 Ia 169; SVR 1999 IV Nr. 29; Urteil des Bundesgerichts 9C_688/2009 vom 19. November 2009 E. 5).

Das Kantonsgericht erkennt

1. Es wird festgestellt, dass die angefochtenen Einspracheentscheide vom 13. Februar 2017 betreffend X _____ und Y _____ nichtig sind.
2. Die Ausgleichskasse bezahlt den Beschwerdeführern je eine Parteientschädigung von CHF 900 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer).
3. Für diesen Entscheid werden keine Kosten erhoben.

Sitten, 7. Dezember 2017