

Systemen erfolgt, ergeben sich Unterschiede, die ohne weiteres mit Art. 4 BV vereinbar sind. Für die Grundstückgewinnsteuer ist die konsequente objektiv-technische Auslegung die angemessene Methode, weshalb zu einer Praxisänderung kein Anlass besteht.

Verwaltungsgericht, 1. September 1999

## 2. Sozialversicherungsrecht

*Art. 85 Abs. 2 lit. f AHVG. – Anspruch auf Parteientschädigung. Voraussetzungen für die Zusprechung einer Parteientschädigung, wenn eine Schadenersatzklage nach Art. 52 AHVG wegen Begleichung der Schadenersatzforderung gegenstandslos wird.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Am 9. April 1996 reichte die Ausgleichskasse X. unter anderem gegen Y. Z. Klage ein und beantragte unter anderem, er sei zu verpflichten, ihr Schadenersatz für entgangene Beiträge in der Höhe von Fr. 168'894.- zu bezahlen. Mit Klageantwort vom 10. Januar 1997 lässt Y. Z. beantragen, die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin. In einem zweiten Schriftenwechsel hielten beide Parteien vollumfänglich an ihren Anträgen fest. Mit Schreiben vom 4. Juni 1999 teilt die Ausgleichskasse dem Verwaltungsgericht mit, dass man aus dem Konkurs der Firma A. AG den eingeklagten Schadenersatzbetrag erhalten habe (Überweisung vom 25. Mai 1999). Man ersuche daher das Gericht, die Schadenersatzklage als gegenstandslos abzuschreiben.

*Aus den Erwägungen:*

1. Bei nachträglichem Hinfall des Interesses an einem Sachurteil ist es angebracht, den Streit durch Verfügung als gegenstandslos abzuschreiben. Hingegen ist es nicht erlaubt, auf das hängige Rechtsmittel mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern, 2. Auflage, S. 326 f.). Die Kosten werden dabei so verlegt, wie sich die Prozessaussichten nach dem Stand der Streitsache vor der Gegenstandslosigkeit dargeboten haben. Der Kostenentscheid ist summarisch zu begründen. Das EVG hat Art. 85 Abs. 2 lit. f AHVG immer in dem Sinn ausgelegt, dass die Rechtsmittelinstanz gegebenenfalls auch bei Gegenstandslosigkeit der Beschwerde eine Parteientschädigung zusprechen kann. Diese Auslegung ist nicht so zu verstehen, dass der kantonale Richter nach Belieben eine Parteientschädigung zusprechen kann, wenn er einen Prozess als gegenstandslos abschreibt. Vielmehr besteht auch hier ein Rechtsanspruch auf eine Parteientschädigung, wenn die prozessuale Situation die Zusprechung einer solchen Entschädigung rechtfertigt (BGE 107 V 127).

Der Rückzug einer Beschwerde ist im Ergebnis ihrer Abweisung gleichzusetzen. Dies gilt auch für den Rückzug einer Schadenersatzklage nach Art. 52 AHVG. Der Beklagte hat in einem solchen Fall als obsiegende Partei im Sinne von Art. 85 Abs. 2 lit. f AHVG Anspruch auf Ersatz der Kosten der Prozessführung und Vertretung. Voraussetzung eines Anspruchs auf eine Parteientschädigung ist jedoch, dass der obsiegenden Partei auch wirklich ein Schaden entstanden ist, d.h. dass sie durch das Klageverfahren zu Aufwendungen, Umtrieben und Bemühungen im Sinn einer gehörigen Interessenswahrung verhalten wurde (EVGE vom 25. Februar 1994, in: AHI-Praxis 1994, S. 180 ff.).

Im vorliegenden Fall steht nicht der Rückzug einer Beschwerde zur Diskussion. Aus einem Schreiben des Konkursamtes des Kantons Zug vom 4. August 1998 ergibt sich, dass das Konkursverfahren über die Firma A. AG mit Verfügung des Konkursrichters vom 30. November 1995 als geschlossen erklärt wurde. Nach Abschluss des Konkursverfahrens wurde ein bis dahin vom Verhöramt des Kantons Zug beschlagnahmtes Bankguthaben von Fr. 274'103.- freigegeben und an das Konkursamt überwiesen. Aus diesem Guthaben konnte die Forderung der Ausgleichskasse gegenüber der ehemaligen A. AG vollständig beglichen werden, d.h. es besteht kein Schaden der Ausgleichskasse mehr, für den sich die ehemaligen Mitglieder des Verwaltungsrates gegenüber der Ausgleichskasse verantworten müssten. Das Klageverfahren ist dadurch an sich gegenstandslos geworden, denn es besteht kein Interesse an einem Sachurteil mehr. Zum Zeitpunkt der Klageeinreichung wusste die Ausgleichskasse aber noch nicht, dass sie nicht zu Schaden kommen würde, weshalb sie verpflichtet war, gegen die ihrer Meinung fehlbaren Mitglieder des Verwaltungsrates der A. AG Klage auf Schadenersatz einzureichen. Bei Abschreibung der Klage wegen Gegenstandslosigkeit muss – im Hinblick auf den Anspruch auf Parteientschädigung – demnach summarisch überprüft werden, ob die Klagen gegen die Mitglieder des Verwaltungsrates hätten gutgeheissen oder abgewiesen werden müssen.

3. Verschuldet ein Arbeitgeber durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften einen Schaden, so hat er diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen (Art. 52 AHVG). Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, so haften subsidiär die für sie handelnden Organe (BGE 122 V 66 E. 4a). Diese subsidiäre Haftung trifft insbesondere die Organe einer in Konkurs geratenen Aktiengesellschaft (ZAK 1983, 489; Rz 6003 ff. der Wegleitung über den Bezug der Beiträge, WBB).

.....

4. ....

Es stellt sich zunächst die Frage, ab welchem Zeitpunkt der Beklagte für den Schaden allenfalls verantwortlich gemacht werden kann. Gemäss Handelsregistrauszug war der Beklagte seit dem 30. April 1993 (im SHAB publiziert am 17. Mai 1993) als kollektivzeichnungsberechtigtes Verwaltungsrats-

mitglied – und damit als Organ der Gesellschaft – im Handelsregister eingetragen. Zur Beurteilung der Frage seiner Organstellung vor dem Eintrag ins Handelsregister ist festzustellen, dass er vor diesem Zeitpunkt in keinem Zusammenhang mit der Firma stand. Entsprechend der Aktenlage hatte er davor auch keine Funktion bei der konkursiten Gesellschaft inne. Es liegen keine Fakten vor, die annehmen lassen, dass er die Funktion eines Organs erfüllt hätte. Es ist demnach davon auszugehen, dass er während der Abrechnungsperiode 1991/92 in keiner Art und Weise mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle der Gesellschaft betraut gewesen ist.

Für die Abrechnungsperiode 1993 ist festzuhalten, dass der massgebende Zeitpunkt, von welchem an ein Verwaltungsratsmitglied gegenüber der Kasse für den Schaden verantwortlich wird, sein effektiver Eintritt in den Verwaltungsrat und nicht das Datum des Eintrages in das Handelsregister ist (SVR 5/1998 Nr. 10). Die Verwaltungsräte können nicht für den Schaden verantwortlich gemacht werden, der vor der Übernahme der Organfunktion entstanden ist. Der adäquate Kausalzusammenhang zwischen der grobfahrlässigen Verletzung der Vorschrift und des Eintritts des Schadens muss verneint werden, wenn die Gesellschaft bereits beim Eintritt in den Verwaltungsrat schwer verschuldet oder zahlungsunfähig ist (SVR 9/1996 Nr. 98). Da die Gesellschaft offensichtlich bereits Ende 1992 überschuldet gewesen ist, kann der Beklagte für den vor seiner Mandatsübernahme entstandenen Schaden nicht haftbar gemacht werden. Gemäss eigenen Angaben vom 29. April 1995 betreffend Arbeitgeberhaftung führte der Beklagte aus, er sei ab 30. April 1993 Verwaltungsratsmitglied mit Kollektivunterschrift gewesen und habe dem Verwaltungsratspräsidenten beratend zur Seite gestanden. Er sei zwar nicht in der operativen Geschäftsleitung tätig gewesen und habe auch keinen Beratervertrag oder ähnliches mit der Gesellschaft abgeschlossen. Durch die regelmässigen VR-Sitzungen hätten aber die wichtigsten Gesellschaftsprobleme besprochen und auf die Entschlüsse der Geschäftsleitung Einfluss genommen werden können. Bei seinem Eintritt in den Verwaltungsrat sei nur die minimalste Liquidität der Gesellschaft vorhanden gewesen, so dass die Geschäftsführung aufgrund der strikten Liquiditätsplanung sehr eng kontrolliert worden sei. In Anbetracht dieser Tatsachen ist eindeutig erstellt, dass die Beklagten seit 30. April 1993 als Organ der konkursiten Gesellschaft zu qualifizieren ist. Mit der Verletzung der Beitragszahlungspflicht ist ihm gemäss EVG-Praxis grundsätzlich ein Verschulden anzulasten, so dass er ab diesem Zeitpunkt für den der Klägerin entstandenen Schaden zu haften hat. Allerdings ist auch festzuhalten, dass die Firma bis und mit Ende August 1993 die monatlichen pauschalen Beiträge an die Sozialversicherung immer klaglos bezahlt hat und erstmals vier Tage vor der Konkurseröffnung für die per Oktober 1993 fälligen Beiträge betrieben werden musste. Für den Betrag von Fr. 42'075.65 besteht aber eine grundsätzliche Haftung, wenn es sich nicht ergeben sollte, dass besondere Exkulpations- und Rechtfertigungsgründe vorliegen.

5. Es ist denkbar, dass ein Arbeitgeber zwar in verschuldeter Missachtung von AHV-Vorschriften der Ausgleichskasse einen Schaden zufügt, aber trotzdem nicht schadenersatzpflichtig wird. Die ist dann der Fall, wenn besondere Umstände die Nichtbefolgung der einschlägigen Vorschriften als erlaubt oder nicht schuldhaft erscheinen lassen (BGE 108 V 186 E. 1b und 193 E. 2). Die vorläufige Verwendung der geschuldeten Arbeitnehmerbeiträge zur Bezahlung von Löhnen und dringenden Lieferantenforderungen ist nur dann und insoweit unter dem Gesichtspunkt der Exkulpation zu werten, als ein Arbeitgeber bzw. dessen Organe ohne grosse Fahrlässigkeit erwarten dürfen, die Firma innerhalb nützlicher Frist retten und damit auch die Ausgleichskasse und die übrigen Gläubiger vor Schaden retten zu können (vgl. ZAK 1985, 575 ff.). Fehlende finanzielle Mittel der Gesellschaft genügen für sich allein nicht als Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgrund, welche das fehlerhafte Verhalten des Arbeitgebers als gerechtfertigt erscheinen lassen oder sein Verschulden im Sinne von Absicht oder grober Fahrlässigkeit ausschliessen (vgl. ZAK 1985, 619). Die geltend gemachten Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe haben der Arbeitgeber bzw. das ins Recht gefasste Organ der juristischen Person im Rahmen ihrer Mitwirkungspflichten nachzuweisen (vgl. ZAK 1983, 104 f.).

Aus den Akten ergibt sich zur Entlastung des Beklagten, dass dieser verschiedene Anstrengungen unternommen hat, um die Liquidität der Firma zu verbessern und Verluste abzubauen. Die Gesellschaft war bereits Ende 1992 in erheblichen finanziellen Schwierigkeiten und schon mit ca. 20 Mio. Franken überschuldet. Eigentlich wäre schon damals eine sofortige Konkursanmeldung nötig gewesen, aber ein Beraterteam kam zusammen mit der Geschäftsleitung zum Schluss, dass eine Sanierung möglich sei. Im Rahmen dieser Massnahmen wurde auch der Beklagte in die Firmenleitung berufen. Die anfangs 1993 eingeleiteten Massnahmen sollten dazu führen, dass eine Weiterführung der Geschäftstätigkeit mit langsamer Schuldentilgung möglich sein sollte. Ausgaben wurden nur noch für die notwendigsten Angelegenheiten bewilligt. Priorität hatten bei den Ausgaben die Saläre, die Sozialleistungen (AHV-Beiträge wurden – wie bereits erwähnt – bis Ende August 1993 lückenlos bezahlt). Neben einem Personalabbau wurden andere Ausgaben wie Kosten für Telefon und Informationssysteme für den Brokerbereich auf ein Minimum reduziert. Zur Sanierung wurden Massnahmen wie Unterzeichnung von Rangrücktrittsvereinbarungen durch die wichtigsten Gläubiger, Zusicherung von Gläubiger für Liquiditätseinschüsse sowie eine Kapitalherabsetzung auf Fr. 0.– mit anschliessender Wiederaufstockung des Kapitals auf Fr. 200'000.– ins Auge gefasst. Dabei geriet einer der Hauptgläubiger, der Liquiditätszuschüsse versprochen hatte, selber in finanzielle Schwierigkeiten und konnte seine Abmachungen nicht mehr einhalten. Noch am 12. November 1993 wurde ein Vertragsentwurf vorgelegt, in dem zugesichert wurde, dass bei Unterzeichnung des Vertrages eine sofortige

Zahlung von Fr. 650'000.- freigegeben werde, womit die alten Schulden hätten bezahlt werden können. Weil dieser Vertrag nicht zustande kam, musste der Verwaltungsrat den Konkurs anmelden.

Das Schreiben der Rechtsanwälte B. und Partner vom 12. November 1993, mit dem ein Kompromissvorschlag unterbreitet wurde, gemäss dem dem Verwaltungsratspräsidenten offeriert wurde, den Darlehensbetrag von Fr. 650'000.- auf das Konto der A. AG zu überweisen mit der Auflage, diesen Betrag nur zur Erfüllung der dringenden Verbindlichkeiten zu verwenden, ist aktenkundig. Auch wurde die Zahlung eines weiteren Betrages von Fr. 350'000.- auf ein Sperrkonto der A. AG offeriert. Mit Berichtsentwurf vom 17. September 1993 hielt die Kontrollstelle fest, dass der Verwaltungsrat die feste Absicht habe, die Firma zu sanieren. Dies bestätigte die Kontrollstelle ebenfalls mit Schreiben vom 30. August 1995. Weiter bestätigte die Kontrollstelle, dass als Rettungsmassnahmen für das Unternehmen Rangrücktrittserklärungen eingeholt, verschiedene Unternehmensberater und Fachleute, insbesondere Wirtschaftsprüfer, eingeholt und Barmittel (mehrere Fr. 100'000.-) an die Gesellschaft eingeschossen worden seien. Seitens des Verwaltungsrates und der Aktionäre haben somit glaubwürdige Zusagen zur Sanierung des Unternehmens bestanden. Diese anfänglich positiv scheinenden Massnahmen führten dann aber nicht zu einer Besserung der finanziellen Situation, weil die Geldgeber – aus der Kontrollstelle unbekannten Gründen – ihre Unterstützung einstellten.

Zu Ungunsten des Beklagten könnte vorliegend ausgelegt werden, dass die Gründe für die Nicht-Reüssierung der Sanierungsmassnahmen nicht sehr durchsichtig sind. In Würdigung der Gesamtumstände und der Bestätigung der Kontrollstelle hingegen ist es als überwiegend wahrscheinlich zu erachten, dass der Beklagte alles Mögliche getan hat, um die Firma zu sanieren. Die Tatsache, dass eigentlich nur für eine kurze Dauer ein Beitragsausstand (September bis November 1993), für den der Beklagte verantwortlich war, bestand, und dass nur eine einzige Betreuung für ausstehende Beiträge erfolgte (vier Tage vor der Konkursöffnung), lässt das Verhalten des Beklagten als nicht grob fahrlässig erscheinen. Im Zeitpunkt seines Eintritts in den Verwaltungsrat durfte der Beklagte von intakten Sanierungsmöglichkeiten ausgehen. Hätte das Gericht die Klage beurteilen müssen, so hätte sie bezüglich des Beklagten abgewiesen werden müssen. Entsprechend besteht auf im Falle der Gegenstandslosigkeit Anspruch auf eine Parteientschädigung gestützt auf Art. 85 Abs. 2 lit. f AHVG.

Verfügung des Vorsitzenden der III. Kammer vom 9. Juni 1999

Eine gegen diese Verfügung eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde vom Eidgenössischen Versicherungsgericht mit Urteil vom 12. Oktober 1999 abgewiesen.