

verfahren oder eine von der bisherigen Praxis abweichende Methode anzuwenden, welche sich auf geeignete anderweitige Schätzungswerte stützt und zu angemessenen Ergebnissen führt. Die Verfügungen vom 14. Mai 2001 und vom 16. Mai 2001 werden deshalb aufgehoben und die Ausgleichskasse wird angewiesen, im Sinne der Erwägungen neu zu verfügen.

VGer 13.12.2000

2213

Haftung einzelner Stiftungsratsmitglieder einer Personalvorsorgestiftung (Art. 52 BVG). Wer als Stiftungsrat über die Anlagevorschriften hinaus der Stifterfirma (Arbeitgeber) Kredit gewährt, handelt widerrechtlich und kann bereits bei leichter Fahrlässigkeit für den dadurch der Personalvorsorgestiftung entstandenen Schaden in Anspruch genommen werden.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 73 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) ist für Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 52 BVG das vom Kanton als letzte Instanz bezeichnete Gericht zuständig, das auch über die Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten entscheidet. Im Kanton Appenzell A.Rh. ist dafür das Verwaltungsgericht zuständig (Art. 13 lit. f des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit, VwGerG; bGS 143.6). Die Zuständigkeitsordnung nach Art. 73 Abs. 1 BVG ist seit dem 1. Januar 1997 in Kraft. Vorher wurden Verantwortlichkeitsklagen nach Art. 52 BVG von den Zivilgerichten beurteilt. Strittig ist im vorliegenden Fall, ob die neue Zuständigkeitsregelung des BVG zur Anwendung kommt, auch wenn der Schaden unbestrittenermassen vor dem 1. Januar 1997 entstanden war. Die Neufassung von Art. 73 Abs. 1 BVG vom 1. Januar 1997 enthält keine Übergangsregelung. Grundsätzlich werden bei Fehlen einer anderslautenden Übergangsregelung neue Verfahrensvorschriften mit dem Tag des Inkrafttretens anwendbar (BGE 111 V 47; *Fritz Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, S. 52). (...).

Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben, da gemäss Art. 73 Abs. 3 BVG Verantwortlichkeitsklagen am Ort des Betriebes erhoben werden können und dieser seinen Sitz in Z. hatte. Nachdem auch die übrigen, von Amtes wegen zu prüfenden prozessualen Voraussetzungen nach Art. 14 Abs. 3 VwGerG i.V. mit Art. 116 der Zivilprozessordnung für den Kanton Appenzell A.Rh. (ZPO; bGS 231.1) erfüllt sind, ist auf die Klage einzutreten.

2. Das Begehren der Personalvorsorgestiftung S. in Liquidation, die Beklagten 1 - 7 unter solidarischer Haftbarkeit zur Bezahlung von Fr. 155'811.-- zu verpflichten, stützt sich auf Art. 52 BVG, wonach alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen für den Schaden verantwortlich sind, den sie dieser absichtlich oder fahrlässig zufügen. Haftungsvoraussetzungen sind die Existenz eines Schadens, die Widerrechtlichkeit, das Verschulden sowie der adäquate Kausalzusammenhang. Die Organstellung der Beklagten ist unbestritten, da sie alle während unterschiedlicher Zeitdauer dem Stiftungsrat der Klägerin angehört hatten.

Die Personalfürsorgestiftung S. wurde am 18. Dezember 1978 errichtet. Am 1. April 1996 wurde über die Stifterfirma, die S. AG, der Konkurs eröffnet. Die Klägerin hatte Forderungen im Betrag von Fr. 474'034.20 angemeldet, welche im vollen Betrage kolloziert worden waren. Für diesen Betrag wurde der Klägerin am 16. Oktober 1997 ein Verlustschein ausgestellt. Die Klägerin macht gegenüber den Beklagten nicht den vollen Schadensbetrag geltend, sondern lediglich Fr. 155'811.--. Dieser Betrag setzt sich aus einem der Stifterfirma im Februar 1994 gewährten ungesicherten Darlehen von Fr. 100'000.-- und der Erhöhung der Kontokorrentschuld von Fr. 55'811.-- zusammen.

3. a) Der Beklagte 1 war seit 16. Juni 1988 Präsident des Stiftungsrates der Personalvorsorgestiftung S. Damit liegt die Organstellung des Beklagten 1 vor und es sind nachfolgend die Haftungsvoraussetzungen, nämlich Widerrechtlichkeit, Verschulden, Schaden und Kausalzusammenhang im einzelnen abzuklären.

b) Es ist zu prüfen, ob gegen die Anlagevorschrift von Art. 57 Abs. 2 der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV2; SR 831.441.1) verstossen wurde, wonach ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber 20 Prozent des Stiftungsvermögens nicht übersteigen dürfen. Per Ende 1993 betrug die ungedeckte Forderung an die Arbeitgeberfirmen Fr. 409'260.--. Das Gesamtvermögen belief sich auf Fr. 2'139'427.--. Die ungedeckte Forde-

rung erreichte damit 19% des Gesamtvermögens. Im Februar 1994 hatte die Personalvorsorgestiftung S der Stifterfirma S. AG ein Darlehen von Fr. 100'000.-- gewährt. Dadurch stieg die ungedeckte Forderung auf 23,7% an, womit die Anlagevorschriften nach Art. 57 Abs. 2 BVV2 klar verletzt waren und damit eine Widerrechtlichkeit vorlag. Ende 1994 betrug die ungedeckte Forderung noch 21,6% und lag damit immer noch über der gesetzlich festgelegten Limite. Die Widerrechtlichkeit war entgegen der angeblich vom Fachberater gemachten gegenteiligen Aussage gegeben. Auch die (falsche) Hoffnung, das Darlehen könne zu gegebener Zeit zurückbezahlt werden, vermag den Verstoß gegen die Anlagevorschrift nicht zu rechtfertigen. Die Voraussetzungen für ein Abweichen von der Anlagevorschrift von Art. 57 Abs. 2 BVV2 sind in Art. 59 BVV2 geregelt. Ein Abweichen ist gemäss dieser Bestimmung dann möglich, wenn besondere Verhältnisse dies rechtfertigen und die Erfüllung des Vorsorgezweckes nicht gefährdet ist. Die Abweichung muss zuhanden der Aufsichtsbehörde fachmännisch begründet sein und ein Bonitätsausweis muss beiliegen. Diese Voraussetzungen wurden vom Stiftungsrat in keiner Weise erfüllt.

Weiter ist zu prüfen, ob der Stiftungsrat die Meldepflicht gemäss Art. 58a BVV2 verletzt hat, wonach sowohl die Aufsichtsbehörde als auch die Kontrollstelle informiert werden müssen, wenn die reglementarischen Beiträge nicht rechtzeitig überwiesen werden (Abs. 1) oder die 20%-Limite überschritten wird (Abs. 2). Aus den Akten ist nicht ersichtlich, dass der Stiftungsrat dieser Meldepflicht nachgekommen wäre und der Beklagte 1 wies in der Klageantwort lediglich darauf hin, dass ein Mitglied des Stiftungsrates mit der Aufsichtsbehörde aufgrund von deren Schreiben vom 3. November 1995 Kontakt aufgenommen habe. Die Aufsichtsbehörde hatte indessen den Stiftungsrat bereits mit Schreiben vom 25. November 1994 auf die Meldepflicht gemäss Art. 58a BVV2 hingewiesen. Der Stiftungsrat hat auch diese ausdrückliche Weisung der Aufsichtsbehörde nicht befolgt. Damit ist erwiesen, dass der Stiftungsrat gegen die gesetzliche Meldepflicht verstossen hatte, was widerrechtlich war.

c) Es ist weiter zu prüfen, ob ein Verschulden im Sinne von Absicht oder Fahrlässigkeit gemäss Art. 52 BVG vorliegt, welches Voraussetzung für die Haftung von Organen von Personalfürsorgestiftungen ist. Das vom Organträger verlangte Mass an Sorgfalt bestimmt sich nach der auftragsrechtlichen Haftungsbestimmung in Art. 398 des

schweiz. Obligationenrechts (OR; SR 220), welche auf die arbeitsrechtliche Norm in Art. 321 e OR verweist (*Harold Grüniger* in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Hrsg. Heinrich Honnig/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basel und Frankfurt a.M. 1996, Art. 83 ZGB N. 18). Der Beklagte 1 war in der fraglichen Zeit als Präsident des Stiftungsrates der Klägerin über die Geschäftsvorgänge sowohl der Personalvorsorgestiftung als auch der Arbeitgeberfirma informiert. Aufgrund der vorliegenden Stiftungsratsprotokolle wurden keine Stiftungsratsbeschlüsse betreffend die Darlehensgewährung im Februar 1994 und die Kontokorrentvereinbarungen gefasst, so dass davon ausgegangen werden muss, dass der Beklagte 1 diese Entscheidungen allein getroffen hatte und der Stiftungsrat davon erst bei Abnahme der Jahresrechnung in Kenntnis gesetzt wurde.

Der Beklagte 1 machte dazu geltend, dass er im Jahre 1994 an das Überleben der Firma habe glauben dürfen. Aus diesem Grunde habe er zu diesem Zeitpunkt noch private Mittel in die Firma investiert. Nach einer erfolgreichen Sanierung der Stifterfirma hätten die Schulden bei der Personalvorsorgestiftung zurückbezahlt werden können. Auch die erwiesenermassen schwierige finanzielle Situation der Arbeitgeberfirma und die im damaligen Zeitpunkt unter Umständen berechtigten Hoffnungen auf eine Sanierung rechtfertigten indessen die Verletzung der Anlagevorschriften, die keine Ausnahmegestimmungen enthalten, nicht. Der Gesetzgeber sieht vielmehr eine Meldepflicht gerade für den Fall vor, in dem es nicht zweifelsfrei ist, ob die Anlagevorschriften durch eine Neuanlage beim Arbeitgeber verletzt werden könnten. Die Sanierungsbemühungen der Arbeitgeberfirma rechtfertigen es nicht, gegen gesetzliche Vorschriften zu verstossen, welche gerade im Hinblick auf eine Risikobegrenzung bei finanziellen Problemen der Arbeitgeberfirma aufgestellt wurden.

Die Darlehensgewährung im Februar 1994 ist nach Ansicht des Beklagten 1 nicht als Pflichtwidrigkeit zu werten, da sie nach Rücksprache mit der Treuhandfirma T. erfolgt sei. Die Treuhandfirma sei nicht nur Revisionsstelle gewesen, sondern habe die Familie des Beklagten 1 in allen geschäftlichen Belangen umfassend beraten. Der Beklagte 1 durfte sich nicht auf die falsche Auskunft der Revisionsstelle verlassen. Die widerrechtliche Darlehensgewährung und die ab Juli 1993 sich als widerrechtlich erweisende Erhöhung der ungedeckten Kontokorrentschuld betrafen die dem Stiftungsrat vorbehaltene Geschäftsführung. Die nicht mit der Geschäftsführung befasste Revisi-

onsstelle war daher nicht zuständig, die Rechtmässigkeit der beanstandeten Finanztransaktionen verbindlich zu beurteilen. Das war dem Stiftungsrat vorbehalten. Im übrigen war die Einhaltung der Anlagenvorschriften durch den Stiftungsrat eine nicht mit Schwierigkeiten verbundene Routinepflicht, deren Verletzung nicht durch eine falsche Auskunft der Revisionsstelle gerechtfertigt werden konnte.

Schliesslich führte der Beklagte 1 zu seiner Entlastung an, dass in den Jahren 1995 und 1996 noch fast Fr. 200'000.-- an die Stiftung zurückbezahlt worden sei. Es ist erwiesen, dass die Stiftung 1995 und 1996 Rückzahlungen von Forderungen der Arbeitgeberfirma in dieser Grössenordnung erhalten hat. Diese Rückzahlungen reduzierten die ausstehende Gesamtschadenssumme, sie können jedoch nicht einfach mit dem Anteil der Schadenssumme verrechnet werden, für welchen die Klägerin den Stiftungsrat haftbar macht. Ohne die widerrechtliche Darlehensgewährung und die Erhöhung der Kontokorrentschuld wäre die Gesamtschadenssumme um den eingeklagten Betrag kleiner ausgefallen. Auch unter Berücksichtigung der Rückzahlungen bestanden bei der Konkursöffnung über die Stifterfirma offene Forderungen im Betrag von Fr. 474'034.20, welche den von der Klägerin eingeklagten Betrag von Fr. 155'811.-- bei weitem übersteigen.

Der Beklagte 1 hat in seiner Rolle als Stiftungsratspräsident durch die Gewährung des Darlehens und das Anwachsenlassen der Kontokorrentschuld seine Sorgfaltspflicht als Organträger verletzt. Sein Verhalten ist auch nach Prüfung seiner Vorbringen als fahrlässige Pflichtverletzung zu qualifizieren.

d) Die Höhe des Gesamtschadens entspricht dem Betrag, dessen die Personalvorsorgestiftung im Konkurs der Arbeitgeberfirma verlustig ging. Die Klägerin macht indessen nicht den Gesamtschaden von Fr. 474'034.20 geltend, sondern einen Schaden im Umfang der Darlehensgewährung über Fr. 100'000.-- im Februar 1994 sowie der seit 1. Juli 1993 angewachsenen Kontokorrentschuld im Betrag von Fr. 55'811.--, d.h. einen Betrag von Fr. 155'811.--. Die Darlehenserhöhung um Fr. 100'000.-- am 16. Februar 1994 ist ausgewiesen, ebenso das Anwachsen der Kontokorrentschuld um Fr. 55'811.-- seit dem 1. Juli 1993. Die Höhe des eingeklagten Schadens ist somit erwiesen.

e) Als letzte Haftungsvoraussetzung ist der Kausalzusammenhang zwischen der Widerrechtlichkeit, dem Verschulden des Beklagten 1 und dem entstandenen Schaden zu prüfen. Es ist aktenkundig, dass durch das Verhalten des Beklagten die Forderung der Stiftung gegen-

über der Arbeitgeberfirma um den Betrag des Darlehens und der Kontokorrentschuld erhöht wurde. Die Mutmassungen des Beklagten 1, dass die Stiftung durch eine Rückforderung der Ausstände die Arbeitgeberfirma in einen früheren Konkurs getrieben und damit die Arbeitsplätze der Versicherten zerstört hätte, vermögen die Kausalkette zwischen dem Verhalten des Beklagten und dem eingeklagten Schaden nicht zu unterbrechen. Vielmehr ist der Schaden bereits bei der widerrechtlichen Gewährung des Darlehens und der Kontokorrentschuld und nicht erst durch die unterlassene Rückforderung entstanden. Durch die Verletzung der Meldepflicht wurde ein rechtzeitiges Einschreiten der Aufsichtsbehörde verhindert.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Haftungsvoraussetzungen beim Beklagten 1 erfüllt sind. Er hat der Klägerin den eingeklagten Schaden im Betrage von Fr. 155'811.-- zu ersetzen.

f) Die Klägerin hat zum eingeklagten Schaden Verzugszinse zu 5% seit dem 1. April 1996 eingeklagt. Nach herrschender Auffassung sind öffentlich-rechtliche Geldforderungen grundsätzlich zu verzinsen, auch wenn dies formell-gesetzlich nicht ausdrücklich bestimmt ist. In Abweichung zu diesem Grundsatz lehnt es das Eidg. Versicherungsgericht in ständiger Praxis ab, im Sozialversicherungsrecht ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage eine Verzugszinspflicht zu bejahen, es sei denn, die Auferlegung von Verzugszinsen rechtfertige sich wegen widerrechtlichen oder trölerischen Verhaltens von Verwaltungsorganen (*Thomas Locher*, Grundriss des Sozialversicherungsrecht, 2. Auflage, Bern 1997, S. 60). Der Beklagte 1 hat die Verletzung von Anlagevorschriften und der Meldepflicht zu verantworten, was auch im Hinblick auf die Praxis des Eidg. Versicherungsgerichts die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen rechtfertigt. Die Zinspflicht beginnt ab nachgewiesener Inverzugsetzung (Art. 102 Abs. 1 OR), d.h. im vorliegenden Fall ab Klageeinreichung vom 1. September 1999. Der Beklagte wird demnach verpflichtet, nebst dem Schadensbetrag einen Verzugszins zu 5% ab dem 1. September 1999 zu bezahlen.

4. a) Der Beklagte 2 wurde an der Stiftungsratssitzung vom 9. September 1993 als Arbeitgebervertreter in den Stiftungsrat der Personalvorsorgestiftung gewählt. Der Eintrag in das Handelsregister erfolgte am 30. September 1994. Der Beklagte 2 war demnach ab September 1993 faktisches und ab September 1994 auch formelles Organ der Klägerin. Die Klägerin beantragte, der Beklagte 2 sei unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, den Betrag von Fr. 155'811.-- nebst

Zins seit dem 1. April 1996 zu bezahlen. Auch wenn grundsätzlich von einer solidarischen Haftung der Stiftungsräte ausgegangen wird, so ist für jeden Beklagten einzeln zu prüfen, welchen Schaden er durch sein Verhalten kausal verursacht hat und ob ein Verschulden vorliegt. Betreffend die Widerrechtlichkeit kann auf die Ausführungen unter Ziff. 3 b oben verwiesen werden. Während der Beklagte 2 (faktisches oder formelles) Organ der Klägerin war, wurden die Anlagevorschriften und die Meldepflichten verletzt.

b) Das Verschulden in Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit ist Haftungsvoraussetzung gemäss Art. 52 BVG (vgl. Ziff. 3 c oben). Die Klägerin machte geltend, dass der Beklagte 2 als Prokurist und Buchhalter/Administrator der Stifterfirma Kenntnis von der Situation der Stiftung und der Arbeitgeberfirmen hatte. Den Stiftungsratsprotokollen vom 9. September 1993 und 26. September 1994 ist zu entnehmen, dass der Beklagte 2 nicht nur das Protokoll verfasste, sondern auch Auskunft über den Geschäftsgang der Stiftung erteilte. Wie der Klageantwort des Beklagten 1 zu entnehmen ist, soll der Beklagte 2 vor der Gewährung des Darlehens mit der Treuhandfirma T. Kontakt aufgenommen haben. Es war auch der Beklagte 2, der am 9. November 1995 das Gespräch mit der kantonalen Stiftungsaufsicht führte. Es kann demnach als erwiesen gelten, dass der Beklagte 2 über die Informationen verfügte, die ihn hätten zum Handeln veranlassen sollen. Der Einwand des Beklagten 2, der Beklagte 1 habe als Stiftungsratspräsident eigenmächtig gehandelt, ändert nichts an der Tatsache, dass er in seiner Funktion als Buchhalter über den Geschäftsgang von Stiftung und Arbeitgeberfirma informiert war. Er hatte somit Kenntnis von der Darlehensgewährung im Februar 1994 und dem Anwachsen der Kontokorrentschuld und nahm damit als Mitglied des Stiftungsrates eine Verletzung der Anlagevorschriften und der Meldepflicht untätig in Kauf. Diese Unterlassungen stellten eine Sorgfaltpflichtverletzung dar und sind dem Beklagten 2 als Verschulden anzurechnen. Insofern der Beklagte 2 zu seiner Entlastung die Rückführungen der Arbeitgeberfirmen an die Stiftung im Betrag von Fr. 210'000.-- geltend machte und auf die Folgen eines möglicherweise früher erfolgten Konkurses hinwies, kann auf die Ausführungen in Ziff. 3 c oben verwiesen werden. Der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Beklagten und dem entstandenen Schaden ist ebenfalls ausgewiesen (entsprechend Ziff. 3 e oben).

c) Bei der Höhe des Schadens, welchen der Beklagte 2 zu verantworten hat, ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass er erst am 9. September 1993 faktisches Stiftungsorgan wurde. Für das Anwachsen der Kontokorrentschuld im Jahre 1993 um den Betrag von Fr. 19'963.-- ist der Beklagte nicht haftbar. Haftbar ist er für die Gewährung des Darlehens im Betrag von Fr. 100'000.-- sowie das Anwachsen der Kontokorrentschuld im Jahr 1994 um Fr. 35'848.--. Dazu kommt der Verzugszins zu 5% seit 1. September 1999 (vgl. Ziff. 3 f oben). Der Beklagte 2 wird daher verpflichtet, der Klägerin den Betrag von Fr. 135'848.-- nebst Zins zu 5% seit 1. September 1999 zu bezahlen.

5. (Die Klagen gegen die übrigen Stiftungsräte bzw. die Beklagten 3-5 werden mangels eines Verschuldens abgewiesen).

6. Mehrere Angehörige desselben Organs einer juristischen Person haften unter sich für den von ihnen schuldhaft verursachten Schaden solidarisch. Das gilt insbesondere auch für Stiftungsräte (*Grüniger*, a.a.O., Art. 83 ZGB N. 19). Die Beklagten 1 und 2 werden daher als ehemalige Stiftungsräte unter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, der Klägerin den von ihnen verursachten Schaden zu ersetzen.

VGer 21.6.2000

Eine gegen dieses Urteil erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist vom Eidg. Versicherungsgericht am 14. Mai 2002 abgewiesen worden.

2214

Parteientschädigung. Wird von einer Rekursinstanz dem Obsiegenden in der Regel eine Parteientschädigung zugesprochen, so hat diese einem Rekurrenten in der Regel auch dann eine Parteientschädigung zuzusprechen, wenn der Rekurrent kurz vor Abschluss des Verfahrens durch den Rückzug des von ihm bekämpften Baugesuches in die einem Obsiegenden vergleichbare Position gelangt.