[AZA 7]
H 242/00 Vr

IV. Kammer

Bundesrichter Borella, Rüedi und nebenamtlicher Richter
Maeschi; Gerichtsschreiberin Amstutz

Urteil vom 10. August 2001

in Sachen

L. _____, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Alfred Keller, Tièchestrasse 16, 8037
Zürich,

gegen

Ausgleichskasse Zürcher Arbeitgeber, Siewerdstrasse 9, 8050 Zürich, Beschwerdegegnerin,

und

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

A.- L. _____ war einziges Verwaltungsratsmitglied der B. _____ AG, welche laut Eintragung im Handelsregister den Betrieb von Gaststätten und ähnlichen Unternehmungen im In- und Ausland bezweckte. Am 22. Februar 1996 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet, in welchem die Ausgleichskasse Zürcher Arbeitgeber eine Forderung für unbezahlt gebliebene AHV/IV/EO/AIV-Beiträge, einschliesslich Verwaltungskosten, Mahngebühren, Betreibungskosten und Verzugszinsen, im Betrag von Fr. 18'578.- geltend machte. Am 19. Juli 1996 wurden der Kollokationsplan und das Inventar zur Einsicht aufgelegt. Nachdem das Konkursamt Unterstrass Zürich der Ausgleichskasse am 19. September 1996 einen Verlustausweis infolge Konkurses über Fr. 18'578.- ausgestellt hatte, verpflichtete diese L. _____ mit Verfügung vom 28. April 1997 zur Leistung von Schadenersatz für entgangene Beiträge in der Höhe von Fr. 18'578.-. Hiegegen erhob die Betroffene Einspruch.

B.- Am 2. Juni 1997 reichte die Ausgleichskasse Zürcher Arbeitgeber beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Klage ein mit dem Antrag, L. _____ sei zur Bezahlung von Schadenersatz für nicht entrichtete Sozialversicherungsbeiträge in der verfügbaren Höhe zu verpflichten.

In Gutheissung der Klage verpflichtete das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich L. _____ der Ausgleichskasse Schadenersatz im Betrag von Fr. 18'578.- zu bezahlen (Entscheid vom 17. Mai 2000).

C.- L. _____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass sie keinen Schadenersatz schulde; ferner sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren. Die Ausgleichskasse beantragt sinngemäss, die Schadenersatzpflicht sei auf Fr. 18'330. 25 herabzusetzen. Das Bundesamt für Sozialversicherung verzichtet auf eine Vernehmlassung.

D.- Mit Entscheid vom 7. März 2001 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung abgewiesen. Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Da es sich bei der angefochtenen Verfügung nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen handelt, hat das Eidgenössische Versicherungsgericht nur zu prüfen, ob das vorinstanzliche Gericht 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).

2.- a) Im vorinstanzlichen Entscheid wird unter Hinweis auf das Gesetz (Art. 52 AHVG; Art. 81 und 82 AHVV) und die Rechtsprechung (vgl. statt vieler BGE 123 V 15 Erw. 5b, 122 V 66 Erw. 4a, 119 V 405 Erw. 2, je mit Hinweisen) zutreffend dargelegt, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitgeber und gegebenenfalls seine Organe gegenüber der Ausgleichskasse schadenersatzpflichtig sind, sodass darauf verwiesen werden kann.

b) Zu ergänzen ist, dass es sich bei der Haftung nach Art. 52 AHVG nicht um eine Kausalhaftung, sondern um eine Verschuldenshaftung handelt, wobei die Schadenersatzpflicht ein qualifiziertes Verschulden voraussetzt. Dementsprechend ist die Nichtabrechnung oder Nichtbezahlung der Beiträge für sich allein nicht haftungsbegründend; vielmehr bedarf es zusätzlich zur Widerrechtlichkeit (Missachtung von Art. 14 Abs. 1 AHVG) eines Verschuldens in Form von Absicht oder grober Fahrlässigkeit. Verwaltung und Sozialversicherungsgerichte dürfen sich bei festgestellter Verletzung der AHV-Vorschriften daher nicht auf die Prüfung der Frage beschränken, ob Exkulpations- oder Rechtfertigungsgründe vorliegen, sondern haben vorgängig festzustellen, ob ein qualifiziertes Verschulden im Sinne von Art. 52 AHVG anzunehmen ist (BGE 121 V 244 Erw. 5).

3.- Streitig ist zunächst, ob die Schadenersatzverfügung vom 28. April 1997 rechtzeitig ergangen ist.

a) Nach Art. 82 Abs. 1 AHVV "verjährt" die Schadenersatzforderung, wenn sie nicht innert Jahresfrist seit Kenntnis des Schadens durch Erlass einer Schadenersatzverfügung geltend gemacht wird. Bei dieser Frist handelt es sich entgegen dem Wortlaut der Bestimmung um eine Verwirklichungsfrist, die von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (BGE 121 III 388 Erw. 3b, 119 V 92 Erw. 3, 118 V 195 Erw. 2b, je mit Hinweisen; AHl 2001 S. 103 Erw. 2a).

Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 82 Abs. 1 AHVV ist in der Regel von dem Zeitpunkt an gegeben, in welchem die Ausgleichskasse unter Beachtung der ihr vernünftigerweise zumutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass die tatsächlichen Gegebenheiten nicht mehr erlauben, die Beiträge einzufordern, wohl aber eine Schadenersatzpflicht begründen können (BGE 121 III 388 Erw. 3b, 119 V 92 Erw. 3, 118 V 195 Erw. 3a; AHl 2001 S. 104 Erw. 2a). Eine solche tatsächliche Uneinbringlichkeit und damit ein Schaden liegt vor, wenn die Ausgleichskasse in der gegen den Arbeitgeber eingeleiteten Beteibung auf Pfändung vollständig zu Verlust gekommen ist (BGE 113 V 258 Erw. 3c).

Im Falle eines Konkurses oder Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung hat die Ausgleichskasse praxismässig in der Regel bereits dann ausreichende Kenntnis des Schadens, wenn die Kollokation der Forderungen eröffnet beziehungsweise der Kollokationsplan (und das Inventar) zur Einsicht aufgelegt wird (BGE 126 V 444 Erw. 3a, 119 V 92 Erw. 3, je mit Hinweisen). Lässt die Auflage des Kollokationsplanes eine volle Deckung der Beitragsforderung erwarten, kann sich die fristauflösende Kenntnis des Schadens auch in einem späteren Stadium des Konkurses oder Nachlassvertragsverfahrens verwirklichen (ZAK 1992 S. 252 Erw. 5c; unveröffentlichtes Urteil P. vom 14. November 1991, H 143/90).

Andererseits kann eine Kenntnis des Schadens ausnahmsweise bereits vor Auflegung des Kollokationsplanes bestehen (BGE 121 V 241 f. Erw. 3c/bb; AHl 1993 S. 83 Erw. 3b; ZAK 1992 S. 479 Erw. 3b).

An dieser Rechtsprechung hat die auf den 1. Januar 1997 in Kraft getretene und für sozialversicherungsrechtliche Beitragsforderungen auf den 1. Januar 2001 bereits wieder rückgängig gemachte Änderung der Privilegienordnung von Art. 219 Abs. 4 SchKG nichts geändert (BGE 126 V 448 Erw. 4c).

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Gesellschaft B. _____ AG habe seit Jahren Liquiditätsprobleme gehabt, weshalb sie von der Ausgleichskasse verpflichtet worden sei, die gesetzlichen Beiträge des Jahres 1995 monatlich aufgrund einer Pauschallohnsomme abzuliefern.

Nach mehrmaligen Mahnungen sei im November 1995 eine erste Beteibung für die ausstehenden Beiträge des Monats August 1995 erfolgt, und am 4. Dezember 1995 sei es zu einer Pfändung gekommen. Am 22. Februar 1996 sei schliesslich der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet worden. Vor diesem Hintergrund könne der Auffassung der Vorinstanz, wonach die Ausgleichskasse mangels Ausstellung eines Pfändungsverlustscheins frühestens im Zeitpunkt der Auflegung des Kollokationsplanes am 19. Juli 1996 ausreichende Kenntnis des Schadens gehabt habe, nicht gefolgt werden. Bereits bei Konkurseröffnung nämlich habe die Ausgleichskasse als einzige Pfandgläubigerin nicht nur gewusst, dass die Gesellschaft illiquid sei, sondern auch, dass keine Dividende zu erwarten war. Es sei der Ausgleichskasse daher bereits am 22. Februar 1996 bekannt gewesen, dass sie im Konkurs voll zu Schaden kommen werde, weshalb die erst am 28. April 1997 erlassene Schadenersatzverfügung verspätet sei.

Das von der Ausgleichskasse angestrebte Pfändungsverfahren hat zu keinem Verlustschein geführt, weil der am 22. Februar 1996 über die Gesellschaft eröffnete Konkurs zur sofortigen Einstellung der Beteibungsverfahren führte (Art. 206 Abs. 1 SchKG). Mangels eines Pfändungsverlustscheins hat die Ausgleichskasse praxismässig erst mit Auflage des Kollokationsplanes am 19. Juli 1996 (im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht am ...) Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 82 Abs. 1 AHVV erlangt.

Gründe, welche die Annahme eines früheren Zeitpunktes der Schadenskenntnis zu rechtfertigen vermöchten, sind nicht gegeben. Zwar musste die Ausgleichskasse bereits bei der Konkurseröffnung am 22. Februar 1996 ernsthaft damit rechnen, dass ihr ein Schaden entstehen könnte; es war indessen nicht notwendigerweise davon auszugehen, dass ihr ein solcher auch effektiv erwachsen wird. Jedenfalls war die Ausgleichskasse nicht in der Lage, die Höhe des Schadens zu beziffern, weil es an hinreichenden Anhaltspunkten dafür fehlte, dass sie mit ihrer Forderung voll zu Verlust kommen werde (vgl. BGE 126 V 445 Erw. 3c). Es muss daher bei der Feststellung bleiben, dass die Schadenersatzverfügung vom 28. April 1997 rechtzeitig erlassen wurde. Unbestritten ist, dass auch die Klage vom 2. Juni 1997 fristgemäss eingereicht wurde (Art. 81 Abs. 3 AHVV).

4.- Zu prüfen ist des Weiteren, ob die Beschwerdeführerin den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden im Sinne von Art. 52 AHVG schuldhaft verursacht hat.

a) Aus den Akten geht hervor, dass die B. _____ AG ihrer Beitragszahlungspflicht ab Anfang 1995 nicht mehr ordnungsgemäss nachgekommen ist. Die Beiträge für Januar bis März 1995 wurden, wenn auch verspätet, bezahlt. Die Zahlung für April 1995 erfolgte auf Mahnung hin. Die Beiträge ab Mai 1995 mussten auf dem Betreuungsweg eingefordert werden und blieben unbezahlt. Ab Oktober 1995 wurde kein Personal mehr beschäftigt. Unbezahlt blieben damit die Beiträge für die Zeit von Mai bis September 1995. Dabei geht es nicht bloss um eine kurzfristige Verletzung der Beitragszahlungspflicht, wie sie praxisgemäss zu einer Verneinung der Schadenersatzpflicht Anlass geben kann (BGE 121 V 244 Erw. 4b).

b) Bei der B. _____ AG, deren Geschäftstätigkeit sich anscheinend auf den Betrieb des Restaurants X. _____ beschränkte, hat es sich um ein kleines Unternehmen mit einfachen und leicht überschaubaren Verhältnissen gehandelt, weshalb die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht seiner Organe praxisgemäss nach einem strengen Massstab zu beurteilen sind. Dies gilt für die Beschwerdeführerin umso mehr, als sie einziges Mitglied des Verwaltungsrates war.

In solchen Fällen muss vom Verwaltungsrat in der Regel der Überblick über alle wesentlichen Belange der Gesellschaft verlangt werden, selbst wenn er die Befugnisse weitgehend an einen Geschäftsführer delegiert hat (BGE 114 V 223 f.

Erw. 4a, 108 V 203 Erw. 3b; vgl. auch Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in:

AJP 1996 S. 1078). Im vorliegenden Fall hat sich die Beschwerdeführerin zudem selber mit der Geschäftsführung und insbesondere auch mit der Beitragsabrechnungs- und Zahlungspflicht gegenüber der Ausgleichskasse befasst. Die Beitragsausstände waren ihr somit bekannt oder hätten ihr bei hinreichender Aufmerksamkeit jedenfalls bekannt sein müssen. Wenn sie es dennoch unterlassen hat, für eine ordnungsgemässe Beitragszahlung zu sorgen, hat sie den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden schuldhaft verursacht.

Dass der Gesellschaft schon damals die Mittel zur Bezahlung der fälligen Beiträge fehlten, ist nicht erstellt. In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wendet sich die Beschwerdeführerin ausdrücklich gegen die Feststellung der Vorinstanz, wonach der B. _____ AG schon im Mai 1995 die Betriebsmittel für die Fortführung des Betriebes gefehlt hätten. Dies bedeutet nichts anderes, als dass die vorhandenen Mittel, einschliesslich der von den Löhnen in Abzug gebrachten Sozialversicherungsbeiträge, zu andern Zwecken verwendet wurden und der Betrieb zumindest teilweise auf Kosten der Sozialversicherung weitergeführt wurde, was der Beschwerdeführerin als Verschulden anzurechnen ist. Wenn das kantonale Gericht das Verhalten als Grobfahrlässigkeit im Sinne von Art. 52 AHVG qualifiziert hat, so beruht dies weder auf einer mangelhaften Feststellung des Sachverhalts noch sonst wie auf einer Verletzung von Bundesrecht.

c) Der Vorinstanz ist auch darin beizupflichten, dass keine Exkulpations- und Rechtfertigungsgründe gegeben sind.

Insbesondere vermag sich die Beschwerdeführerin nicht damit zu exkulpieren, dass sie mit dem Kleininventar und Warenlager über eine stille Reserve verfügte, welche sie im Falle eines Konkurses für die Verbindlichkeiten gegenüber der Ausgleichskasse heranziehen konnte. Nach der Rechtsprechung lässt sich die Nichtbezahlung der Beiträge ausnahmsweise rechtfertigen, wenn sie im Hinblick auf eine nicht zum Vornherein aussichtslose Rettung des Betriebes mittels Befriedigung lebenswichtiger Forderungen in der begründeten Meinung erfolgt, die geschuldeten Beiträge später ebenfalls bezahlen zu können. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber im Zeitpunkt, in welchem die Zahlungen erfolgen sollten, nach den Umständen damit rechnen durfte, dass er die Beitragsschuld innert nützlicher Frist werde tilgen können (BGE 108 V 188; ZAK 1992 S. 248 Erw. 4b). Diese Voraussetzungen waren hier nicht gegeben. Denn es bestand kein Anlass zur Annahme, dass sich die Firma B. _____ AG lediglich in einem vorübergehenden Liquiditätsengpass befinde; so war der Geschäftsgang schon seit längerer Zeit ungünstig, was unter anderem dazu führte, dass notwendige

betriebliche Erneuerungen unterblieben oder aufgeschoben wurden. Spätestens als die Zürcher Kantonalbank

als Eigentümerin der Geschäftsliegenschaft am 16. Mai 1995 unter Hinweis auf die ungünstige Geschäftsentwicklung weitere Investitionen ablehnte, musste ernsthaft mit einer Betriebsschliessung gerechnet werden. Am 4. Juli 1995 teilte die Gesellschaft der Bank denn auch mit, dass der Betrieb auf Ende Juli 1995 geschlossen und den Mitarbeitern auf den nächstmöglichen Termin gekündigt werde. Entgegen den Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde durfte die Beschwerdeführerin nicht darauf vertrauen, dass der Betrieb durch einen Nachmieter weitergeführt werde und durch Verkauf des Inventars an den Nachmieter innert nützlicher Frist die ausstehenden Beiträge bezahlt werden könnten. Der Beschwerdeführerin war bekannt, dass der Betrieb erheblicher Investitionen bedurfte und aufgrund der Geschäftsergebnisse der Gesellschaft und der wirtschaftlichen Verhältnisse keineswegs feststand, dass die Eigentümerin eine (sofortige) Weitervermietung der Lokalitäten als Gastwirtschaftsbetrieb beabsichtigte. Ob das Inventar wertmässig eine Deckung der Beitragsschulden überhaupt erwarten liess, kann unter den gegebenen Umständen offen bleiben. Fehl geht daher auch der in diesem Zusammenhang erhobene Vorwurf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz.

d) Gründe, welche gemäss BGE 122 V 189 Erw. 3c zu einer Herabsetzung des Schadenersatzes wegen Mitverschuldens der Verwaltung führen könnten, sind nicht ersichtlich.

Weder hat die Verwaltung gegen elementare Vorschriften des Beitragsbezugs verstossen noch hat sie sich sonst wie einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht.

e) Zu bejahen ist schliesslich auch der adäquate Kausalzusammenhang zwischen der schuldhaften Missachtung von Vorschriften und dem eingetretenen Schaden (BGE 119 V 406 Erw. 4a mit Hinweisen).

5.- Die Schadenersatzforderung von Fr. 18'578.- beruht auf einer Veranlagungsverfügung sowie einer Verzugszinsverfügung vom 21. Mai 1996. Die Beschwerdeführerin bestreitet die Höhe der eingeforderten Beträge nicht, macht jedoch geltend, für die Verzugszinsforderung fehle es an einer gesetzlichen Grundlage. Sie übersieht damit die vom Bundesrat gestützt auf Art. 14 Abs. 4 lit. e AHVG erlassene Bestimmung von Art. 41bis AHVV, welche auch in Rahmen einer Schadenersatzforderung Anwendung findet. Grundsätzlich kein Verzugszins ist auf der Schadenersatzforderung selbst geschuldet (BGE 119 V 78 ff.); dagegen unterliegen die der Schadenersatzverfügung zugrunde liegenden Beitragsforderungen der Verzugszinspflicht gemäss Art. 41bis AHVV. Wie die Ausgleichskasse in der Vernehmlassung zutreffend feststellt, ist die Verzugszinsberechnung indessen dahin zu berichtigen, dass der Zins nicht bis zum Datum der Verzugszinsverfügung, sondern lediglich bis zu demjenigen der Konkurseröffnung geschuldet ist (SVR 1996 AHV Nr. 91 S. 279). Der Verzugszins beläuft sich damit auf Fr. 82.60 (Fr. 16'517. 65 x 0,5 %), womit sich die Schadenersatzforderung auf Fr. 18'330. 25 reduziert.

6.- Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens gehen die Gerichtskosten zu Lasten der Beschwerdeführerin (Art. 156 Abs. 1 OG). Sie obsiegt nur in einem unbedeutenden und in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht relevierten Nebenpunkt.

Zur Ausrichtung einer Parteientschädigung besteht daher kein Anlass (Art. 159 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. In teilweiser Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2000 dahingehend geändert, dass die Beschwerdeführerin verpflichtet wird, der Ausgleichskasse Zürcher Arbeitgeber den Betrag von Fr. 18'330. 25 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abgewiesen.

II. Die Gerichtskosten von Fr. 1500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

III. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

IV. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.

Luzern, 10. August 2001

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der IV. Kammer:

Die Gerichtsschreiberin: