

Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assurances

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 5/04

Urteil vom 10. Dezember 2004
II. Kammer

Besetzung
Präsident Borella, Bundesrichter Schön und Frésard; Gerichtsschreiber Nussbaumer

Parteien
1. K._____, Rechtsanwalt,
2. S._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt K._____,

gegen

Ausgleichskasse des Kantons Zug, Baarerstrasse 11, 6300 Zug, Beschwerdegegnerin,

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Zug, Zug

(Entscheid vom 30. Oktober 2003)

Sachverhalt:

A.

Die im November 1999 gegründete Firma W._____ AG war der Ausgleichskasse des Kantons Zug als Arbeitgeberin angeschlossen und rechnete die paritätischen Sozialversicherungsbeiträge im Pauschalverfahren ab. Am 30. Oktober 2001 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet, welcher am 11. Dezember 2001 mangels Aktiven wieder eingestellt wurde.

Mit Verfügungen vom 14. November 2002 verpflichtete die Ausgleichskasse K._____ und S._____ als ehemalige Verwaltungsräte sowie E._____ als ehemaligen Direktor der konkursiten Firma zur Leistung von Schadenersatz für entgangene paritätische Sozialversicherungsbeiträge (inkl. FAK) in Höhe von Fr. 49'611.05.

B.

Auf erfolgte Einsprüche hin reichte die Ausgleichskasse am 23. Dezember 2002 Klage gegen die drei Organe mit dem Antrag auf Bezahlung von Schadenersatz in verfügbarem Umfang ein. Mit Entscheid vom 30. Oktober 2003 verpflichtete das Verwaltungsgericht des Kantons Zug K._____, S._____ und E._____ zur Bezahlung von Schadenersatz in Höhe von Fr. 49'611.05 unter solidarischer Haftbarkeit.

C.

K._____ und S._____ führen Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides sei die Schadenersatzklage abzuweisen.

Kantonales Gericht und Ausgleichskasse des Kantons Zug schliessen auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Der Mitinteressierte E._____ reicht eine Vernehmlassung ein, ohne einen Antrag zu stellen. Das Bundesamt für Sozialversicherung verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann nur so weit eingetreten werden, als die Schadenersatzforderung kraft Bundesrechts streitig ist. Im vorliegenden Verfahren ist deshalb auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in dem Umfang nicht einzutreten, als sie sich gegen die Schadenersatzforderung für entgangene Beiträge an die kantonale Familienausgleichskasse richtet

(vgl. BGE 124 V 146 Erw. 1 mit Hinweis).

2.

Die strittige Verfügung hat nicht die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen zum Gegenstand. Das Eidgenössische Versicherungsgericht prüft daher nur, ob das vorinstanzliche Gericht Bundesrecht verletzte, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder ob der rechtserhebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt wurde (Art. 132 in Verbindung mit Art. 104 lit. a und b sowie Art. 105 Abs. 2 OG).

3.

3.1 Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 in Kraft getreten. Mit ihm sind zahlreiche Bestimmungen im AHV-Recht, insbesondere auch hinsichtlich der Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG, geändert sowie Art. 81 und 82 AHVV aufgehoben worden. Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 130 V 4 Erw. 3.2, 93 Erw. 3.2, 220 Erw. 3.2, 129 V 4 Erw. 1.2, 169 Erw. 1, 356 Erw. 1), kommen im vorliegenden Fall jedoch die bis zum 31. Dezember 2002 geltenden Bestimmungen zur Anwendung. Das gleiche gilt angesichts des Zeitpunkts der Verfügungen (14. November 2002) und Klageeinreichung (23. Dezember 2002) für das Verfahrensrecht (BGE 130 V 1).

3.2 Die rechtlichen Grundlagen (Art. 52 AHVG, Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV; Art. 82 Abs. 1 AHVV) und die zur subsidiären Haftbarkeit der Organe (vgl. statt vieler BGE 123 V 15 Erw. 5b und 129 V 11), zur Haftungsvoraussetzung des zumindest grobfahrlässigen Verschuldens (BGE 108 V 186 Erw. 1b, 193 Erw. 2b; ZAK 1985 S. 576 Erw. 2, 619 Erw. 3a und b) sowie zur rechtzeitigen Geltendmachung des Schadenersatzes (vgl. BGE 129 V 193, 128 V 10) ergangene Rechtsprechung finden sich im angefochtenen Entscheid des kantonalen Gerichts zutreffend wiedergegeben. Darauf wird verwiesen.

3.3 Zu wiederholen ist, dass im Rahmen der Überwachungspflicht bei befugter Delegation (Art. 754 Abs. 2 OR) der nicht geschäftsführende Verwaltungsrat sich zwar auf die Überprüfung der Tätigkeit der Geschäftsleitung und des Geschäftsgangs beschränken darf. Dabei muss aber verlangt werden, dass er sich laufend über den Geschäftsgang informiert, Rapporte verlangt, sie sorgfältig studiert, nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzieht und Irrtümer abzuklären versucht (SVR 2001 AHV Nr. 15 S. 52 Erw. 6 mit Hinweisen).

4.

4.1 Aus den Akten geht hervor, dass die in Konkurs gefallene Gesellschaft der Ausgleichskasse am 20. Januar 2000 den Fragebogen zur Abklärung der Beitragspflicht AHV/IV/EO für juristische Personen eingereicht und eine Arbeitnehmerin mit einem monatlichen Bruttolohn von Fr. 3500.- gemeldet hat. Bereits im Februar 2000 nahm ein weiterer Arbeitnehmer mit einem Bruttojahreslohn von Fr. 100'000.- die Tätigkeit auf. Im Laufe des Jahres 2000 wurden weitere Arbeitnehmende eingestellt, sodass bei der Gesellschaft Ende Dezember 2000 sechs Beschäftigte mit einem Brutto-Jahreslohn von Fr. 304'500.- arbeiteten. Die Jahresabrechnung 2000, welche spätestens per 30. Januar 2001 hätte eingereicht werden müssen (Art. 36 Abs. 2 AHVV in der ab 1. Januar 2001 gültigen Fassung), unterzeichnete die Gesellschaft erst am 3. Mai 2001 (Eingang am 9. Mai 2001 bei der Ausgleichskasse). Zu Beginn des Jahres 2001 beschäftigte die Gesellschaft weiterhin sechs Arbeitnehmende. Aus dem Kontoauszug der Ausgleichskasse ergibt sich des weitern, dass die Gesellschaft am 13. April 2000, am 14. Juli 2000 und am 24. Oktober 2000 die Pauschalen von je Fr. 3047.55 beglich. Am 30. August 2000 überwies sie auch die paritätischen Beiträge für das Jahr 1999. Seit der letzten

Zahlung vom 24. Oktober 2000 blieb die Gesellschaft selbst die Pauschalen schuldig. Bereits am 30. Mai 2000 wurde ihr eine erste Mahngebühr von Fr. 100.- auferlegt. Ab April 2001 erfolgten monatlich Mahnungen und Betreibungen der Ausgleichskasse.

Auf Grund dieses Sachverhalts ist die Verletzung der Beitragsabrechnungs- und Zahlungspflicht der Arbeitgeberfirma und deren grobfahrlässiges Verhalten erstellt. Mit dem kantonalen Gericht ist auch davon auszugehen, dass die Ausgleichskasse ihre Schadenersatzverfügungen vom 14. November 2002 angesichts der am 11. Dezember 2001 erfolgten Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven rechtzeitig innert der einjährigen Verwirkungsfrist erlassen hat (BGE 129 V 193, 128 V 10). Ferner ist die Schadenshöhe nicht bestritten.

4.2 Streitig ist einzig, ob die beiden Beschwerdeführer als Verwaltungsräte der konkursiten Gesellschaft ihre Überwachungspflicht im Bereich des Beitragswesens mit der AHV verletzt haben (Art. 754 Abs. 2 OR), da sie die entsprechenden Aufgaben unbestrittenermassen delegiert haben.

4.2.1 Der Mitinteressierte war als "Director Finance" für die Buchhaltung und das Lohnwesen zuständig. Ferner hat die konkursite Firma am 19. Juli 2000 ein Schreiben der T. _____ AG an die

Ausgleichskasse mitunterzeichnet, wonach letzterwähnte Gesellschaft seit dem 1. Juli 2000 "sämtliche Arbeiten im Zusammenhang mit der Saläradministration" für sie erledige, verbunden mit der Bitte, "inskünftig sämtliche Unterlagen, Korrespondenz etc." an die Treuhandfirma zu richten. Da somit die T._____ AG (nachfolgend Revisionsstelle), welche gleichzeitig als Revisionsstelle der konkursiten Gesellschaft fungierte, die Saläradministration mit der Ausgleichskasse übernahm, kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer nicht davon gesprochen werden, die Revisionsstelle sei mit der Kontrollfunktion im Bereich des Beitragswesens mit der AHV betraut worden. Vielmehr war sie in diesem Zusammenhang für das Beitragswesen mit der Ausgleichskasse zuständig und damit Geschäftsführerin, welche vom Verwaltungsrat zu beaufsichtigen war. Zu prüfen ist daher, ob die Beschwerdeführer ihrer Überwachungspflicht im Rahmen des Beitragswesens nachgekommen sind.

4.2.2 Anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 21. September 2000 liess sich der Verwaltungsrat von der Geschäftsleitung und der Revisionsstelle über das Beitragswesen informieren und erhielt dabei die Auskunft, die Sozialversicherungsabrechnungen seien "à jour". Gemäss dem Besprechungsprotokoll vom 11. Dezember 2000 hatte die Revisionsstelle vom Beschwerdeführer S._____ ausdrücklich den Auftrag erhalten, den Verwaltungsrat umgehend zu informieren, sobald die geringste Gefahr einer Überschuldungsproblematik entstehen sollte. An der Verwaltungsratssitzung vom 9. Januar 2001 wurde dem Verwaltungsrat zur Kenntnis gebracht, dass Sozialversicherungsbeiträge allenfalls noch ausstehend sein könnten. Daraufhin beschloss der Verwaltungsrat, dass für allfällige Sozialversicherungsleistungen und für das BVG die notwendigen Rückstellungen zu machen seien, so lange die pendente Situation nicht geklärt sei. Aus dem Besprechungsprotokoll vom 13. Februar 2001 ergibt sich, dass einem Delegierten des Verwaltungsrates klare Instruktionen betreffend Sozialversicherungen zu erteilen seien und die Bezahlung der Beiträge zu gewährleisten sei. Laut Protokoll vom 5. März 2001 hielt die Geschäftsleitung zuhanden des Verwaltungsrates fest, dass von den hinsichtlich der Seed-Gelder abgeschlossenen Verträgen über Fr. 100'000.- "Fr. 35'000.- als Rückstellung für die AHV-Beiträge genommen" würden. Anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 13. März 2001 beschloss der Verwaltungsrat, die Sozialversicherungen künftig monatlich abzurechnen und zu bezahlen. Die Revisionsstelle brachte dem Verwaltungsrat zur Kenntnis, dass sich für die Sozialversicherungen ein Liquiditätsbedarf von ca. Fr. 40'000.- ergebe. Ende Mai 2001 erhielt der Verwaltungsrat von der Revisionsstelle die Nachricht, dass die Gesellschaft für die Jahre 2000 und 2001 rund Fr. 36'000.- Beiträge der Ausgleichskasse schulde. An der Verwaltungsratssitzung vom 26. Juni 2001 ordnete der Verwaltungsrat an, dass mit eingehenden Zahlungen vorab die Sozialversicherungsausstände zu begleichen seien.

4.2.3 Aus diesem Vorgehen schliessen die Beschwerdeführer, sie hätten ihre Überwachungspflicht nicht verletzt. Dieser Auffassung kann nicht beigegeben werden. Das kantonale Gericht hielt dazu fest, dass blindes Vertrauen in die Geschäftsführung spätestens ab Januar 2001 nicht mehr angezeigt gewesen sei, und dass der Verwaltungsrat sich zu strengerer Aufsicht hätte veranlasst fühlen müssen. Er hätte sich nicht mit der schriftlichen Bestätigung begnügen dürfen, es würden nun Rückstellungen vorgenommen, sondern sich vergewissern müssen, dass längst fällige Beitragszahlungen auch effektiv ausgeführt würden. Solche Kontrollen habe er unterlassen, und erst im März 2001, nach Kündigung sämtlicher Arbeitsverhältnisse, sei die Weisung ergangen, künftige Lohnzahlungen monatlich abzurechnen und die Beiträge einzubezahlen. Wie sich aus der Forderungszusammenstellung der Ausgleichskasse hinsichtlich der Ausstände per 2001 ergebe, sei auch diese Weisung ohne Folgen geblieben, offensichtlich weil der Verwaltungsrat eine strengere Beurteilung der Geschäftsführung nicht rechtzeitig als angezeigt erachtet habe. Zwar sei nicht zu verkennen, dass sich die Geschäftsführung weisungswidrig verhalten habe. Allerdings vermöge dies das duldsame

Gewährenlassen durch den Verwaltungsrat nicht zu rechtfertigen. Die beiden Beschwerdeführer würden denn auch nicht geltend machen, sie wären durch gefälschte Belege über Zahlungen getäuscht, massiv belogen oder aber an einer effektiven Kontrolle des Geldverkehrs gehindert worden. Das Verhalten der Geschäftsführung habe nach einem härteren Durchgreifen des Verwaltungsrates verlangt, da sämtliche auf Vertrauen basierende Weisungen augenfällig nichts bewirkten.

4.2.4 Dieser vorinstanzlichen Betrachtungsweise ist beizupflichten. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer war die Revisionsstelle nicht mit der Beaufsichtigung der mit dem Salärwesen betrauten Personen beauftragt, sondern sie nahm gestützt auf das Schreiben vom 19. Juli 2000 "sämtliche Arbeiten im Zusammenhang mit der Saläradministration", auch gegenüber der Ausgleichskasse, wahr. Unter diesen Umständen mussten die beiden Beschwerdeführer auch gegenüber der Revisionsstelle ihre Überwachungsaufgaben voll übernehmen. Zwar haben sie Anordnungen im Zusammenhang mit dem Beitragswesen getroffen, die Umsetzung aber nie kontrolliert, sondern sich mit Auskünften zufrieden gegeben. Für eigentliche Kontrollmassnahmen hätten sie insbesondere Anlass gehabt, da es sich um eine Start-up-Gesellschaft handelte, die

namentlich im Jahr 2000 ihren Mitarbeiterbestand von einer Person auf sechs erhöhte. Die sich daraus ergebende starke Zunahme der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge hätte nach speziellen Vorkehren gerufen, zumal die Gesellschaft gegenüber der Ausgleichskasse in der Lohnsummenmeldung für das Jahr 2000 im Januar 2000 lediglich eine Arbeitnehmerin aufführte, sodass die Ausgleichskasse zu tiefe Pauschalzahlungen ansetzte. Auf

Grund des am 1. Januar 2001 in Kraft getretenen Art. 35 Abs. 2 AHVV wäre die Firma auch verpflichtet gewesen, der Ausgleichskasse die wesentlichen Änderungen der Lohnsumme zu melden, damit wenigstens für das Jahr 2001 die Pauschalzahlungen den tatsächlichen Lohnverhältnissen angepasst worden wären. Die Revisionsstelle hat jedoch der Ausgleichskasse erst im Mai 2001 und damit in Verletzung von Art. 36 Abs. 2 AHVV die Lohnabrechnung für das Jahr 2000 zugestellt, so dass erst zu diesem Zeitpunkt wegen den früheren Versäumnissen das wahre Ausmass der geschuldeten paritätischen Beiträge zum Vorschein kam. Die Beschwerdeführer hätten trotz der Delegation der Geschäftsführung angesichts der starken Ausweitung des Personalbestandes ab Februar 2000 die AHV-Problematik erkennen, spezielle Anordnungen und entsprechende Kontrollen treffen müssen, damit Sozialversicherungsbeiträge bereits für das Jahr 2000 sichergestellt werden. Nach der Rechtsprechung ist bei der Gründung und Etablierung einer Firma zwingend darauf zu achten, dass nicht Beitragsausstände entstehen (nicht veröffentlichtes Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 11. April 1995 [H 215/94], zitiert bei Thomas Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52

AHVG, AJP 1996 S. 1079 Fn 96). Die Beschwerdeführer haben sich indessen mit allgemeinen Anordnungen und mit Auskünften begnügt, ohne die entsprechenden Kontrollen zu tätigen. Unter diesen Umständen haben sie ihre Überwachungspflicht als Verwaltungsräte im AHV-Beitragswesen in grobfahrlässiger Weise verletzt.

5.

Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 134 OG). Ausgangsgemäss haben die Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 4000.- werden den Beschwerdeführern zu gleichen Teilen auferlegt und mit den geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Die Differenzbeträge von je Fr. 1500.- werden zurückerstattet.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Zug, Sozialversicherungsrechtliche Kammer, E._____ und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.

Luzern, 10. Dezember 2004

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der II. Kammer: Der Gerichtsschreiber: