

[AZA 7]
H 11/02 B1

II. Kammer

Präsident Schön, Bundesrichterin Widmer und Bundesrichter
Ursprung; Gerichtsschreiberin Helfenstein Franke

Urteil vom 17. Mai 2002

in Sachen

K._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwältin Christina Tischhauser, Jonerhof, 8645 Jona,

gegen

Ausgleichskasse des Kantons Zürich, Röntgenstrasse 17, 8005 Zürich, Beschwerdegegnerin,

und

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

A.- K._____ war einziges Verwaltungsratsmitglied mit Einzelunterschrift der X._____ AG (vormals K._____ AG), welche vom 1. Januar 1988 bis 31. Mai 1998 bei der Ausgleichskasse des Kantons Zürich (nachfolgend:

Ausgleichskasse) als beitragspflichtiges Mitglied angeschlossen war. Am 12. Juni 1998 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet. Am 3. Juni 1999 wurde der Kollokationsplan zur Einsicht aufgelegt. Mit Verfügung vom 9. Mai 2000 verpflichtete die Ausgleichskasse K._____ zur Bezahlung von Schadenersatz gemäss Art. 52 AHVG für entgangene Sozialversicherungsbeiträge (einschliesslich Verwaltungskostenbeiträge, Verzugszinsen, Mahngebühren und Betreibungskosten) im Betrag von Fr. 94'763. 55. Hiegegen erhob der Betroffene Einspruch.

B.- Am 11. Juli 2000 reichte die Ausgleichskasse beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Klage ein mit dem Antrag, K._____ sei zur Bezahlung von Schadenersatz für nicht bezahlte Sozialversicherungsbeiträge in der Höhe von Fr. 94'647. 55 zu verpflichten. Mit Schreiben vom 13. Februar 2001 liess die Ausgleichskasse dem Gericht den Verlustschein zukommen, gemäss welchem sie im Umfang von Fr. 9798. 25 aus dem Konkurs befriedigt wurde und ihr ein Ausstand von Fr. 84'965. 30 verblieb.

Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich hiess die Klage mit Entscheid vom 16. November 2001 im Umfang von Fr. 84'682.- gut, wobei sie vom gemäss Verlustschein vom 12. Dezember 2000 noch ausstehenden Betrag die gesamten, nach Konkurseröffnung belasteten Mahn- und Betreibungskosten von Fr. 283. 30 in Abzug brachte.

C.- K._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des angefochtenen Entscheids sei die Schadenersatzklage abzuweisen; eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Ausgleichskasse und das Bundesamt für Sozialversicherung verzichten auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- a) 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).

b) 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).

c) Im Rahmen von Art. 105 Abs. 2 OG ist die Möglichkeit, im Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht neue tatsächliche Behauptungen aufzustellen oder neue Beweismittel geltend zu machen, weitgehend eingeschränkt.

Nach der Rechtsprechung sind nur jene neuen Beweismittel zulässig, welche die Vorinstanz von Amtes wegen hätte erheben müssen und deren Nichterheben eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften darstellt (BGE 121 II 99 Erw. 1c, 120 V 485 Erw. 1b, je mit Hinweisen). Zwar ist der Verwaltungsprozess vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht, wonach Verwaltung und Gericht von sich aus für die richtige und vollständige Abklärung des Sachverhalts zu sorgen haben; doch entbindet das die Rechtsuchenden nicht davon, selber die Beanstandungen vorzubringen, die sie anzubringen haben (Rügepflicht), und ihrerseits zur Feststellung des Sachverhalts beizutragen (Mitwirkungspflicht). Unzulässig und mit der weit gehenden Bindung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts an die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung gemäss Art. 105 Abs. 2 OG unvereinbar ist es darum, neue tatsächliche Behauptungen und neue Beweismittel erst im letztinstanzlichen Verfahren vorzubringen, obwohl sie schon im kantonalen Beschwerdeverfahren hätten geltend gemacht werden können und - in Beachtung der Mitwirkungspflicht - hätten geltend gemacht werden müssen. Solche (verspätete) Vorbringen sind nicht geeignet, die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz als mangelhaft im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG erscheinen zu lassen (BGE 121 II 100 Erw. 1c; AHI 1994 S. 211 Erw. 2b mit Hinweisen).

2.- Die Vorinstanz hat die massgebenden Normen (Art. 52 AHVG, Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV) und die Rechtsprechung zu den Voraussetzungen der Arbeitgeberorganhaftung, insbesondere zum Begriff der Grobfahrlässigkeit (siehe auch BGE 112 V 159 Erw. 4; ZAK 1988 S. 599 Erw. 5a), zur subsidiären Haftbarkeit der Organe (BGE 123 V 15 Erw. 5b), zur Haftungsvoraussetzung des qualifizierten Verschuldens (BGE 108 V 186 Erw. 1b, 193 Erw. 2b) sowie zum dabei zu berücksichtigenden - differenzierten - Sorgfaltsmassstab (BGE 108 V 202 Erw. 3a; vgl. auch Thomas Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in: AJP 9/96, S. 1081) zutreffend wiedergegeben. Richtig sind auch die Erwägungen zum Eintritt des Schadens und zum Zeitpunkt der Kenntnis des Schadens (BGE 119 V 92 Erw. 3). Darauf wird verwiesen.

Zu ergänzen ist, dass nach ständiger Rechtsprechung nicht jede Verletzung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben der Arbeitgeberin als Institution der Versicherungsdurchführung ohne weiteres als qualifiziertes Verschulden ihrer Organe im Sinne von Art. 52 AHVG zu werten ist. Das absichtliche oder grobfahrlässige Missachten von Vorschriften verlangt vielmehr einen Normverstoss von einer gewissen Schwere. Dagegen kann beispielsweise die relativ kurze Dauer des Beitragsausstandes sprechen, wobei aber immer eine Würdigung sämtlicher konkreten Umstände des Einzelfalles Platz zu greifen hat. Die Frage der Dauer des Normverstosses ist somit ein Beurteilungskriterium, welches im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen ist und im Sinne der Rechtsprechung zu den Entlastungsgründen (BGE 108 V 186 f.

Erw. 1b, 200 f. Erw. 1) zur Verneinung der Schadenersatzpflicht führen kann (BGE 121 V 244 Erw. 4b mit Hinweis).

3.- Wie das kantonale Gericht verbindlich festgestellt hat (vgl. Erw. 1b hievor), setzt sich die Schadenersatzforderung aus den offenen Pauschalbeiträgen für die Monate September bis Dezember 1997 in der Höhe von Fr. 37'005.- (basierend auf einer Jahreslohnsumme von Fr. 750'000.-) sowie aus der Differenz der Schlussabrechnung 1997 vom 24. Februar 1998, welche eine Jahreslohnsumme von Fr. 1'198'560.- ergab, im Betrag von Fr. 54'783. 60 plus Verzugszinsen und Mahn- sowie Betreibungskosten zusammen.

Die konkursite Firma entrichtete die monatlichen Pauschalzahlungen von September bis Dezember 1997 bis zur Konkurseröffnung am 12. Juni 1998 nicht mehr, für diese Beiträge musste sie ab November 1997 gemahnt und ab Januar 1998 betrieben werden; die im Februar in Rechnung gestellte Differenz aus der Jahresrechnung 1997 wurde ebenfalls nicht mehr beglichen. Damit versties die Gesellschaft gegen die - in masslicher Hinsicht unbestrittene - Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht und missachtete Vorschriften im Sinne von Art. 52

AHVG. Dieses Verschulden der Arbeitgeberin hat das kantonale Gericht zu Recht dem Beschwerdeführer als einzigem Verwaltungsrat als grobfahrlässiges Verhalten angerechnet.

Insbesondere verneinte sie auf Grund der Umstände zu Recht auch den Exkulpationsgrund der kurzen Dauer des Beitragsausstandes (vgl. Erw. 2 hievor). Es kann in diesem Zusammenhang auf die diesbezüglichen Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden.

4.- Was der Beschwerdeführer in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorbringt, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Dabei macht er in erster Linie geltend, es sei aus zwei Gründen zum Ausstand gekommen. Zum einen habe die Bank Z. _____ Zahlungsaufträge betreffend die Beitragspauschalen nicht ausgeführt, zum anderen habe die Gesellschaft, nachdem er von der Nichtausführung dieser Zahlungsaufträge erfahren habe, nicht mehr über genügend liquide Mittel verfügt.

a) Was die Zahlungsaufträge betrifft, rügt der Beschwerdeführer zunächst die Verletzung des rechtlichen Gehörs und wendet ein, die Bank Z. _____ habe die Zahlungsaufträge für die Überweisung der periodischen Beiträge nicht ausgeführt, was von R. _____ bezeugt werden könne; die Vorinstanz habe indes unzulässigerweise von einer Zeugenbefragung abgesehen.

Auf die Abnahme weiterer Beweise ist zu verzichten, wenn die von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen die Verwaltung oder das Gericht bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung führen, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten und es könnten weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern (antizipierte Beweiswürdigung; Kieser, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, S. 212, Rz 450; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., S. 39, Rz 111 und S. 117, Rz 320; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege,

2. Aufl., S. 274; vgl. auch BGE 122 II 469 Erw. 4a, 122 III 223 Erw. 3c, 120 Ib 229 Erw. 2b, 119 V 344 Erw. 3c mit Hinweis).

In einem solchen Vorgehen liegt kein Verstoß gegen die Verfassung, wie die ständige Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 1 aBV zeigt (BGE 124 V 94 Erw. 4b, 122 V 162 Erw. 1d mit Hinweis). Diese Rechtsprechung gilt im Übrigen auch unter der Herrschaft von Art. 29 Abs. 2 der auf den 1. Januar 2000 in Kraft getretenen neuen BV, welcher das rechtliche Gehör ausdrücklich gewährleistet (Urteil O. vom 9. Juni 2000, H 369/99; BGE 124 V 94 Erw. 4b, 122 V 162 Erw. 1d mit Hinweis).

Bezüglich der Zahlungsaufträge hat die Vorinstanz für das Eidgenössische Versicherungsgericht verbindlich festgestellt (vgl. Erw. 1b hievor), dass sich in den Konkursakten keinerlei Hinweise für Zahlungsaufträge an die Bank Z. _____ befinden. Daraus hat sie zu Recht geschlossen, dass keine derartigen Aufträge erfolgt sind. Es ist deshalb mit Blick auf den Untersuchungsgrundsatz nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz in antizipierter Beweiswürdigung von weiteren Beweisabnahmen und insbesondere der Einvernahme der offerierten Zeugin R. _____ abgesehen hat.

b) Im Weiteren macht der Beschwerdeführer geltend, im Zeitpunkt der Kündigung des Kontokorrentkredits durch die Bank Z. _____ im November 1997 sei ihm die Zahlung der Beiträge bis zum Konkurs vom 12. Juni 1998 nicht mehr möglich gewesen, da die Gesellschaft nicht mehr über die notwendigen flüssigen Mittel verfügt habe; er habe gar aus persönlichen Mitteln das Konto der Firma für Löhne gespiesen.

Daraus kann er indes nichts zu seinen Gunsten ableiten.

Soweit er sich darauf beruft, er habe nicht gewusst, dass die angeblich erteilten Zahlungsaufträge nicht ausgeführt wurden, ist ihm entgegenzuhalten, dass er in Anbetracht der Unübertragbarkeit der AHV-rechtlichen Arbeitgeberpflichten die Zahlung jedenfalls hätte überwachen und prüfen müssen, ob die Aufträge auch ausgeführt wurden. Die Organe einer AG bleiben auch bei einer Kreditvereinbarung mit einer Bank gegen Sicherheitsleistung durch Globalzession, wie sie hier am 26. Juni 1997 eingegangen wurde, grundsätzlich verantwortlich für die Sicherstellung der ordnungsgemässen Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge (Urteil L. vom 5. April 2002, H 100/01, Erw. 5a/aa). Eine Entlastung der verantwortlichen Organe fällt höchstens dann in Betracht, wenn sie nachzuweisen vermögen, dass sie alles ihnen Mögliche und Zumutbare für die Begleichung der Beiträge unternommen haben (Urteil O. vom 19. Januar 2000, H 177/99, Erw. 2b; Nussbaumer, a.a.O. S. 1078). So

verhält es sich hier jedoch nicht. Der Beschwerdeführer hat sich insbesondere in Kenntnis der Globalzession an die Bank nicht darum gekümmert, ob die Zahlungen ausgeführt wurden.

Es fehlt in den Akten auch jeglicher Hinweis darauf, dass und inwiefern er auch nach der Entdeckung der Nichtausführung der Zahlungsaufträge anderweitig versucht hätte, die Ausstände bei der Beschwerdegegnerin zu begleichen oder mindestens mit ihr eine Zahlungsvereinbarung zu treffen.

Soweit sich der Beschwerdeführer erneut darauf beruft, in diesem Zeitpunkt seien keine liquiden Mittel mehr vorhanden gewesen, stellt dies keinen Exkulpationsgrund dar, abgesehen davon, dass schon ab Oktober, also vor der Kreditkündigung durch die Bank Z. _____ keine Beitragsrechnungen mehr bezahlt wurden. Vielmehr muss gefolgert werden, dass sich die Gesellschaft schon seit langer Zeit in einer angespannten finanziellen Lage befand, die es ihr verunmöglichte, bestehende Kredite zu amortisieren; vielmehr benötigte sie weitere Kredite. Dass der Beschwerdeführer überdies private Mittel in die Gesellschaft eingebracht hat, wird durch nichts belegt.

Die neu eingereichten Kontoauszüge der Bank Y. _____ hätten bereits im kantonalen Verfahren eingebracht werden können und sind deshalb als unzulässige Nova (vgl. Erw. 1c hievor) nicht zu berücksichtigen. Selbst wenn jedoch auf die Kontoauszüge abgestellt werden könnte, würde dies den Beschwerdeführer nicht entlasten, wäre doch daraus kein Bemühen ersichtlich, die Beitragszahlungs- und Ablieferungspflicht rechtzeitig zu erfüllen, nachdem mit den angeblich im Dezember 1997 eingeschossenen privaten Mitteln offensichtlich keine Beiträge mehr bezahlt wurden. Vielmehr ergäbe sich daraus, dass sich der Beschwerdeführer der schwierigen finanziellen Lage der Gesellschaft hätte bewusst und gerade unter derartigen Umständen für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen besonders hätte besorgt sein müssen.

c) Unter diesen Umständen bestanden auch keine hinreichend zuverlässigen Anhaltspunkte, welche dem Beschwerdeführer bei objektiver Betrachtungsweise die Annahme erlaubt hätten, die Gesellschaft könnte durch die Nichtbezahlung der Sozialversicherungsbeiträge saniert und die Beiträge innert nützlicher Frist nachbezahlt werden.

Zwar ist nicht auszuschliessen, dass es einem Arbeitgeber, der sich in angespannter finanzieller Lage befindet, durch das Nichtbezahlen der Beiträge gelingt, die Existenz seines Unternehmens zu retten. Ein solches Vorgehen führt praxisgemäss allerdings nur dann nicht zu einer Haftung gemäss Art. 52 AHVG, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt seiner Entscheidung auf Grund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage damit rechnen durfte, dass er die Forderung der Ausgleichskasse innert nützlicher Frist würde befriedigen können (BGE 108 V 188 Erw. 2, bestätigt in BGE 121 V 243). Dies war indessen, wie die Vorinstanz für das Eidgenössische Versicherungsgericht verbindlich festgestellt hat (vgl. Erw. 1b hievor), gerade nicht der Fall. Vielmehr befand sich die Unternehmung zum massgeblichen Zeitpunkt in einer schlechten finanziellen Situation und mit einer Rettung der Gesellschaft konnte, insbesondere mit Blick auf die schwachen Wintermonate in der Reisebranche, nicht ernsthaft gerechnet werden. Dies erhellt auch aus den Konkursakten, insbesondere den im Konkurs eingegebenen Forderungen, aus welchen ersichtlich ist, dass die laufenden Rechnungen spätestens ab September nicht mehr bezahlt werden konnten und sich die Gesellschaft in einer äusserst prekären Liquiditätsslage befand.

5.- Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend gehen die Kosten zu Lasten des Beschwerdeführers (Art. 134 OG e contrario; Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

II. Die Gerichtskosten von total Fr. 4500.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

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

Luzern, 17. Mai 2002

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

Die Gerichtsschreiberin: