

Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicurances

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 221/02

Urteil vom 17. Juli 2003
II. Kammer

Besetzung
Präsident Schön, Bundesrichterin Widmer und Bundesrichter Frésard; Gerichtsschreiberin Helfenstein Franke

Parteien
1. L._____,
2. M._____,

Beschwerdeführer, beide vertreten durch Rechtsanwalt Hans-Peter Kümin, Nägelihof 3, 8001 Zürich,
gegen

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

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 30. Mai 2002)

Sachverhalt:

A.

Die im September 1990 gegründete Firma T._____ war seit 1. Januar 1993 bei der Ausgleichskasse des Kantons Zürich als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen. Seit November 1995 im Handelsregister eingetragen war P._____ als Präsident des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift sowie als Verwaltungsratsmitglieder mit Kollektivunterschrift zu zweien L._____ und M._____.

Am ... wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet und am ... mangels Aktiven wieder eingestellt. Mit Schadenersatzverfügungen vom 14. Januar 1999 verpflichtete die Ausgleichskasse P._____, L._____ und M._____ in solidarischer Haftbarkeit zur Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von Fr. 81'914.85 (einschliesslich Verwaltungskostenbeiträge, Verzugszinsen, Mahngebühren und Betreibungskosten). Hiegegen erhoben L._____ und M._____ Einspruch.

B.

Die von der Ausgleichskasse gegen L._____ und M._____ beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich erhobene Klage hiess dieses mit Entscheid vom 30. Mai 2002 gut und verpflichtete L._____ und M._____ zur Bezahlung von Schadenersatz im verfügbaren Umfang.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lassen L._____ und M._____ beantragen, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Schadenersatzforderung abzuweisen, eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Ausgleichskasse und das Bundesamt für Sozialversicherung verzichten auf eine Vernehmlassung, während sich der als Mitinteressierte beigeladene P._____ mit Eingabe vom 22. Juni 2003 vernehmen lässt.

D.

Der gegenüber L._____ und M._____ je verfügte Kostenvorschuss wurde von L._____ nicht bezahlt.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Nach Art. 150 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG kann die Partei, die das Eidgenössische Versicherungsgericht anruft, zur Sicherstellung der mutmasslichen Gerichtskosten angehalten werden. Bei fruchtlosem Ablauf der für die Sicherstellung gesetzten Frist wird gemäss Art. 150 Abs. 4 OG auf die Rechtsvorkehr nicht eingetreten.

Der Beschwerdeführer 1 hat den Kostenvorschuss von Fr. 4'500.- innert der mit Verfügung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 26. September 2002 gesetzten Frist, welche am 11. Oktober 2002 (Art. 32 Abs. 1 und Art. 34 OG in Verbindung mit Art. 135 OG) ablief, nicht geleistet, weshalb androhungsgemäss auf seine Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht einzutreten ist.

1.2 Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann nur so weit eingetreten werden, als Sozialversicherungsbeiträge kraft Bundesrechts streitig sind. Im vorliegenden Verfahren ist daher nicht zu prüfen, wie es sich bezüglich der Beitragsschuld gegenüber der Ausgleichskasse für kantonale Familienzulagen verhält (BGE 124 V 146 Erw. 1 mit Hinweis).

2.

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 rechts-erhebliche 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).

3.

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 das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist. Nach dem massgebenden Zeitpunkt des Entscheides über die Schadenersatzklage (hier: 30. Mai 2002) eingetretene Rechts- und Sachverhaltsänderungen haben unberücksichtigt zu bleiben.

4.

4.1 Wie das kantonale Gericht verbindlich festgestellt hat (vgl. Erw. 3 hievor), setzt sich die Schadenersatzforderung aus offenen Beiträgen der Jahre 1994 bis 1997 zuzüglich Verwaltungskosten, Mahngebühren, Betreuungskosten und Verzugszinsen zusammen; die konkursite Gesellschaft entrichtete ab 1. Januar 1993, dem Zeitpunkt des Anschlusses bei der Klägerin, bis zur Konkurseröffnung keinen einzigen AHV-Beitrag korrekt. Sämtliche Akontobeiträge, Schlussrechnungen und sogar eine erhobene Busse mussten betrieben werden, was unbestritten ist. Dabei wurden von den insgesamt geschuldeten Beiträgen von Fr. 91'082.35 zuzüglich Mahngebühren von Fr. 160.-, Verzugszinsen von Fr. 6'167.55, der Busse von Fr. 200.- und Betreuungskosten von Fr. 3'395.30 lediglich Fr. 23'174.75 bezahlt (die Differenz des damit ausstehenden Betrages zur Schadenersatzforderung von Fr. 4'084.40 begründet sich in Umbuchungen, wie aus den Kontoauszügen der Ausgleichskasse hervorgeht). Die Gesellschaft hat somit während der ganzen massgebenden Dauer kein geordnetes AHV-Beitragswesen geführt. Damit versties die Gesellschaft gegen die - in masslicher Hinsicht unbestrittene - Bei-

tragszahlungspflicht und missachtete in krasser Verletzung ihrer Arbeitgeberpflichten Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG.

Dieses Verschulden der Arbeitgeberin hat die Vorinstanz in einlässlicher Würdigung der Aktenlage zu Recht dem Beschwerdeführer 2, seines Zeichens Verwaltungsratsmitglied der Gesellschaft, als mindestens grobfahrlässiges Verhalten angerechnet, da auf Grund der Umstände von diesem keine Exkulpations- oder Rechtfertigungsgründe geltend gemacht werden können.

4.2 Was der Beschwerdeführer 2 dagegen vorbringt, vermag nicht zu einer anderen Beurteilung zu führen.

4.2.1 Zunächst sind seine sämtlichen Einwände, die auf eine Delegation der Verantwortlichkeit auf das Treuhandbüro G._____ zielen, nicht geeignet, den Beschwerdeführer 2 zu entlasten. Der Beschwerdeführer 2 bringt vor, seit der Gründung der Gesellschaft hätte immer das Treuhand- und Revisionsbüro G._____ die Buchhaltung der Gesellschaft geführt. Von der Treuhandgesellschaft habe man ausdrücklich darauf hingewiesen, dass für ihn gerade wegen des bei ihr liegenden Mandates kein Grund für eine Besorgnis bestehe. Er habe sich damit sicher gefühlt, da er Herrn G._____ als Besitzer eines Treuhandbüros, das einen guten Eindruck machte, generell glaubte, und auch deshalb, weil er als Nichtfachmann annahm, dass man ihn von dieser Firma schon kontaktieren würde, wenn etwas schief laufen würde. In der speziellen Situation, in welcher der Beschwerdeführer 2 stand, wären auch andere objektiv davon überzeugt gewesen, dass zumindest die Steuern und die Beiträge korrekt bezahlt würden.

All diese Vorbringen machen deutlich, dass der Beschwerdeführer 2 die Bedeutung des Verwaltungsratsmandates mit seinen Kompetenzen, Rechten und Pflichten, insbesondere seiner unübertragbaren und unentziehbaren Pflicht zur Oberaufsicht über die Gesellschaft nach wie vorkennt. Ungeachtet der Regelung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse beschränkt sich die Überwachungspflicht der Verwaltungsratsmitglieder nicht auf die Kontrolle der jährlichen Rechnungsablage (Bürgi, Zürcher Kommentar, N 21 zu aArt. 722 OR). Vielmehr haben sie sich regelmässig über den Geschäftsstand zu informieren und nötigenfalls nähere Abklärungen und geeignete Massnahmen zur Sicherstellung einer ordnungsgemässen Geschäftsführung zu treffen. Im Rahmen der ihm nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR obliegenden Aufgaben hat der Verwaltungsrat insbesondere auch über die Liquidität der Gesellschaft zu wachen und die finanziellen Abläufe im Betrieb kritisch zu verfolgen und nachzuprüfen (Böckli, Das neue Aktienrecht, Zürich 1992, S. 809 Rz 1560 ff.). Zudem ist er für ein ordnungsgemässes Rechnungswesen und eine die Vorschriften von Art. 957 ff. OR entsprechende Buchhaltung verantwortlich (Müller/Lipp, Der Verwaltungsrat; Ein Handbuch für die Praxis, Zürich

1994, S. 120 f.). Wohl können einzelne Geschäftsführungsfunktionen delegiert werden. Zur Wahrung der geforderten Sorgfalt gehört jedoch neben der richtigen Auswahl des geeigneten Mandatsträgers auch dessen Instruktion und Überwachung. Allein durch Delegation der Aufgaben kann sich der Verwaltungsrat nicht seiner Verantwortung und Pflicht zur Oberaufsicht entledigen (BGE 123 V 15 Erw. 5b, 109 V 88 Erw. 6; Urteile W. vom 19. November 2002, H 165/01, und K. vom 27. Juli 2000 Erw. 3b, H 417/99). Dabei geht es gerade nicht darum, einem Dritten, dem man eine Aufgabe delegiert hat, blind zu vertrauen, dass dieser es schon richtig machen werde, vielmehr hat ein Verwaltungsrat seine Kontrollpflichten wahrzunehmen und allenfalls nötige Massnahmen zu ergreifen. Wie aus den Einwendungen des Beschwerdeführers 2 hervorgeht, war das vorliegend nicht der Fall. Vielmehr hat sich der Beschwerdeführers 2 schlicht nicht um seine ihm durch das Verwaltungsratsamt obliegenden Pflichten und Aufgaben gekümmert.

In diesem Zusammenhang geht auch der Einwand fehl, es müsse berücksichtigt werden, dass Kleinhandwerker-gesellschaften sich keine professionellen Verwaltungsräte mit perfekten Kenntnissen leisten könnten. Immerhin ist der Beschwerdeführer 2 von Beruf Versicherungsmakler und dürfte insbesondere mit den Pflichten im Zusammenhang mit den Sozialversicherungen vertraut sein, zumal er in der fraglichen Zeit selbst mit seinem Treuhandbüro als selbstständig Erwerbender bei der Ausgleichskasse angeschlossen war. Abgesehen davon könnte sich ein Verwaltungsrat mit Hinweis auf mangelndes Fachwissen auch nicht entlasten, stünde doch dann erst recht ein Fehlverhalten im Sinne eines Übernahmeverschuldens zur Frage, wenn jemand ein Amt übernehmen würde, zu dessen pflichtgemässer Ausübung er zum Vornherein nicht in der Lage wäre. Dass er im Übrigen keine Zeichnungsberechtigung gegenüber der Gesellschaft gehabt haben soll, steht im Widerspruch zum Handelsregistereintrag.

4.2.2 Ebenso wenig nützt dem Beschwerdeführer 2, dass er das Mandat aus reinem Entgegenkommen und ohne

einen Gedanken an den eigenen Profit angenommen habe. Unentgeltliche Ausübung des Amtes eines Verwaltungsrates berechtigt ebenso wenig zu mangelnder Sorgfalt, wie dies beispielsweise bei einem ehrenamtlich tätigen Vereinspräsidenten der Fall ist (AHI 2002 S. 51).

4.2.3 Soweit der Beschwerdeführer 2 im Weiteren geltend macht, die Ausgleichskasse hätte alle Veranlassung gehabt, sich direkt an die Verwaltungsräte zu wenden, und jedermann - besonders Leute wie der Beschwerdeführer 2 - seien der Auffassung, dass sich eine Behörde wie das Steueramt oder die Ausgleichskasse bei Zahlungsproblemen melde, ist er nicht zu hören, ist es doch Aufgabe des Verwaltungsrates und nicht etwa der Ausgleichskasse, dafür besorgt zu sein, dass die Gesellschaft die Zahlungsverpflichtungen gegenüber ihren Gläubigern wie der Ausgleichskasse erfüllt. Es ist überdies nicht ersichtlich, inwiefern die Ausgleichskasse den Beschwerdeführer 2 zusätzlich über die Ausstände hätte informieren müssen, nachdem jede Beitragsrechnung von der Ausgleichskasse gemahnt und betrieben werden musste. Von einem "untätigen Zusehen" kann unter diesen Umständen nicht gesprochen werden. Soweit der Beschwerdeführer 2 eine Reduktion der Schadenersatzforderung und damit eine Herabsetzung verlangt, ist festzuhalten, dass die Schadenersatzpflicht gemäss Art. 52 AHVG nur insofern in sinngemässer Anwendung von Art. 4 VG und Art. 44 Abs. 1 OR Herabsetzungsgründen zugänglich ist, als die Verwaltung mit einer groben Pflichtverletzung zur Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens adäquat kausal beigetragen hat (BGE 122 V 185). Von einer groben Pflichtverletzung durch die Verwaltung, was namentlich der Fall ist, wenn sie elementare Vorschriften der Beitragsveranlagung und des Beitragsbezugs missachtet hat, kann jedoch auf Grund der dargelegten Umstände in keiner Weise die Rede sein.

4.2.4 Schliesslich ist mit Bezug auf die vom Beschwerdeführer 2 beantragte Zeugeneinvernahme festzuhalten, dass unter den gegebenen Umständen auch nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz von dieser abgesehen hat. Eine solche Einvernahme, mit welcher der Beschwerdeführer 2 beweisen wollte, dass Herr G. _____ ihm mit Blick auf die finanzielle Situation der Gesellschaft beruhigende Antworten gegeben habe, hätte an seiner Verantwortlichkeit nichts geändert. Vielmehr war eine solche antizipierte Beweiswürdigung zulässig und verstösst nicht gegen die Verfassung (BGE 124 V 94 Erw. 4b; Urteile O. vom 9. Juni 2000, H 369/99, und A. vom 20. Juni 2001, H 90/00).

4.3 Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, der Beschwerdeführer 2 habe das beachtet und sich so verhalten, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen (BGE 112 V 159 Erw. 4 mit Hinweisen), und es ist von einem haftungsbegründenden qualifizierten Verschulden, wie es Art. 52 AHVG für die Schadenersatzverpflichtung verlangt, auszugehen.

5.

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend gehen die Kosten zu Lasten des Beschwerdeführers 2 (Art. 134 OG e contrario; Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG).

Dem anwaltlich vertretenen Mitinteressierten P. _____ steht ungeachtet des Umstandes, dass er keinen konkreten Antrag gestellt hat (BGE 123 V 159), eine Parteientschädigung zu Lasten des unterliegenden Beschwerdeführers 2 zu (Art. 159 OG; SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 Erw. 6, Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., S. 184).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Beschwerdeführers 1 wird nicht eingetreten.

2.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Beschwerdeführers 2 wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 4'500.- werden dem Beschwerdeführer 2 auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

4.

Der Beschwerdeführer 2 hat dem als Mitinteressierter beigeladenen P. _____ eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5.

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

Luzern, 17. Juli 2003

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der II. Kammer: Die Gerichtsschreiberin:

i.V.