

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 7}
H 182/06

Urteil vom 29. Januar 2008
II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter U. Meyer, Präsident,
Bundesrichter Lustenberger, Seiler,
Gerichtsschreiberin Helfenstein Franke.

Parteien

1. H. _____, 1951,
2. P. _____, 1946,
3. S. _____, 1943,
4. U. _____, 1959,
Beschwerdeführer, alle vertreten durch Rechtsanwalt
Peter Muri, Schmidstrasse 9, 8570 Weinfelden,

gegen

Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen, Brauerstrasse 54, 9016 St. Gallen, Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Alters- und Hinterlassenenversicherung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 30. August 2006.

Sachverhalt:

A.

Die X. _____ AG war seit April 2002 der Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen. Als Verwaltungsratsmitglieder im Handelsregister eingetragen waren bis 31. Juli 2003 S. _____ (Präsident mit Einzelunterschrift) sowie H. _____, P. _____ und U. _____ (je mit Kollektivunterschrift zu zweien). Bis dahin amtete C. _____ als Delegierter, danach als einziges Mitglied des Verwaltungsrates (immer mit Einzelunterschrift). Im Dezember 2003 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet und am 13. April 2004 mangels Aktiven eingestellt.

Mit Verfügungen vom 10. August 2005 verpflichtete die Ausgleichskasse H. _____, P. _____, S. _____ und U. _____ zur Bezahlung von Schadenersatz für entgangene Sozialversicherungsbeiträge (einschliesslich FAK-Beiträge, Verwaltungskosten, Verzugszinsen, Mahngebühren und Betreuungskosten) in der Höhe von Fr. 41'135.85 sowie C. _____ zur Bezahlung von Fr. 55'012.25. Während die Verfügung gegenüber C. _____ unangefochten in Rechtskraft erwuchs, erhoben die übrigen Verwaltungsratsmitglieder Einsprache, welche die Ausgleichskasse mit Einspracheentscheid vom 16. Dezember 2005 abwies.

B.

Die hiegegen erhobenen Beschwerden vereinigte das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen mit Entscheid vom 30. August 2006 und schrieb diese im Umfang von Fr. 4'500.- als gegenstandslos ab, nachdem es bei der Revisionsstelle der X. _____ AG weitere Abklärungen durchgeführt hatte; im restlichen Umfang hiess es die Beschwerden teilweise gut und verpflichtete die Beschwerdeführer unter solidarischer Haftbarkeit zur Bezahlung von Schadenersatz für entgangene bundesrechtliche Beiträge samt Nebenkosten von Fr. 33'932.80 sowie für entgangene kantonale Beiträge samt Nebenkosten von Fr. 1'940.25.

C.

H. _____, P. _____, S. _____ und U. _____ lassen Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben und beantragen, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben, soweit er die bundesrechtlichen Beiträge betreffe und es sei festzustellen, dass sie keine Schadenersatzpflicht treffe.

Die Ausgleichskasse schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) auf eine Vernehmlassung verzichtet. Der als Mitinteressierter beigelegene C._____ verzichtete ausdrücklich auf eine Vernehmlassung.

D.

Das Gericht holte das rechtskräftige Urteil des Kantonalen Strafgerichtes Schwyz vom 18. Januar 2007 gegen C._____ betreffend mehrfache Urkundenfälschung und Widerruf ein. Im Rahmen des daraufhin geführten zweiten Schriftenwechsels hielten die Beschwerdeführer an ihren Anträgen fest.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (AS 2006 1205, 1243). Da der angefochtene Entscheid vorher ergangen ist, richtet sich das Verfahren noch nach OG (Art. 132 Abs. 1 BGG; BGE 132 V 393 E. 1.2 S. 395).

2.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde werden nur die bundesrechtlichen Beiträge angefochten, weshalb auf diese vollumfänglich einzutreten ist (BGE 131 V 426 E. 1 mit Hinweis).

3.

Das Beschwerdeverfahren betrifft nicht die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen. Die seit 1. Januar 2007 für die Beurteilung der AHV-rechtlichen Streitsache zuständige II. sozialrechtliche Abteilung des Bundesgerichts prüft daher nur, ob das vorinstanzliche Gericht Bundesrecht verletzt, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder ob der rechtserhebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt wurde (Art. 132 Abs. 2 OG [in der Fassung gemäss Ziff. III des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Änderung des IVG, in Kraft gestanden vom 1. Juli bis 31. Dezember 2006] in Verbindung mit Art. 104 lit. a und b sowie Art. 105 Abs. 2 OG [in Kraft gestanden bis 31. Dezember 2006]).

4.

Die Vorinstanz hat die Bestimmungen über die Arbeitgeberhaftung (Art. 52 AHVG; Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV) sowie die hiezu ergangene Rechtsprechung, insbesondere über Eintritt des Schadens und Zeitpunkt der Kenntnis des Schadens (BGE 129 V 193, 128 V 10, 119 V 89 E. 3 S. 92), die subsidiäre Haftung der Organe eines Arbeitgebers (BGE 129 V 11, 126 V 237, 123 V 12 E. 5b S. 15, je mit Hinweisen), den zu ersetzenden Schaden (BGE 126 V 443 E. 3a S. 444, 123 V 12 E. 5b S. 15, je mit Hinweisen), die erforderliche Widerrechtlichkeit (BGE 118 V 193 E. 2a S. 195 mit Hinweisen), die Voraussetzung des Verschuldens und den dabei zu berücksichtigenden - differenzierten - Sorgfaltsmassstab (BGE 108 V 199 E. 3a S. 202, ZAK 1992 S. 248 E. 4b, je mit Hinweisen; vgl. auch Thomas Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in: AJP 9/96, S. 1081) zutreffend wiedergegeben. Darauf wird verwiesen.

5.

Zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführer Schadenersatz zu leisten haben, wobei weder die Höhe der Schadenersatzforderung noch die Rechtzeitigkeit der entsprechenden Verfügung bestritten ist.

5.1 Wie das kantonale Gericht verbindlich festgestellt hat (vgl. E. 3), hat die konkursite Gesellschaft seit ihrer Gründung im Mai 2002 bis zum 28. Mai 2003 während mehr als einem Jahr überhaupt keine Beiträge bezahlt und insgesamt nur zwei Zahlungen geleistet, obwohl sie von der Ausgleichskasse mehrfach gemahnt und betrieben wurde. Damit ist sie den ihr als Arbeitgeberin obliegenden Beitragszahlungs- und Abrechnungspflichten gemäss Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV nur unvollständig nachgekommen und hat damit Vorschriften im Sinne von Art. 52 Abs. 2 AHVG missachtet (vgl. statt vieler: BGE 118 V 187 E. 1 am Ende).

Streitig und zu prüfen ist, ob diese zum Beitragsverlust führende Pflichtverletzung der Arbeitgeberin den Beschwerdeführern - ihres Zeichens Verwaltungsratsmitglieder und damit formelle Organe der Gesellschaft - als grobfahrlässiges Verhalten anzurechnen ist.

5.2 Die Vorinstanz bejahte ein Verschulden der Beschwerdeführer, weil diese jedenfalls seit März 2003 gewusst hätten, dass die Gesellschaft Beiträge nicht bezahlt habe, was die Anwendung eines strengen Massstabes an die Überwachungspflicht des Verwaltungsrates gebiete. Eine Anweisung an den Delegierten des Verwaltungsrats und Geschäftsführer C._____ zur sofortigen Bezahlung der Beiträge sei aber weder aus dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 13. April 2003 noch sonst aus den Akten ersichtlich. Zudem erwecke die im Anschluss an diese Verwaltungsratssitzung erstellte Cashflow-Aufstellung auch nicht den Eindruck, dass die Entrichtung der offenen AHV-Beiträge für einen späteren Zeitpunkt vorgesehen gewesen wäre. Angesichts der sich aus dem Zwischenabschluss ("Status") per 31. März 2003 und der Bilanz per 31. Mai 2003 ergebenden Entwicklung - nämlich der Verdoppelung der Kreditoren trotz grossem Mittelzufluss durch Darlehen der Aktionäre - hätten sich die Beschwerdeführer zudem nicht auf die Bestätigung der

Beitragszahlung des Geschäftsführers anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 7. Juni 2003 und auch nicht auf diejenige des Revisors (die in diesem Zeitpunkt ohnehin nicht ausgewiesen sei) verlassen dürfen, zumal das Vertrauen in die Geschäftsführung angeschlagen war. Indem die Beschwerdeführer nichts unternommen hätten, um die Erfüllung der Beitragspflicht sicherzustellen, sei ihnen grobfahrlässiges Handeln anzulasten.

Demgegenüber machen die Beschwerdeführer geltend, sie hätten keinerlei Geschäftsführungsfunktionen innegehabt und sich auf die Überprüfung der Geschäftsleitung und des Geschäftsganges beschränken dürfen. Diese Überwachungspflichten hätten sie in vorbildlicher Weise wahrgenommen, indem sie sich bei der Revisionsstelle über die finanzielle Lage der Gesellschaft und die Bezahlung der Beiträge informiert und die Bezahlung von ausstehenden Beiträgen dem Geschäftsführer in Auftrag gegeben hätten. Dass sie der Geschäftsführer C._____ getäuscht habe, der im Übrigen wegen Urkundenfälschung verurteilt worden sei, könne ihnen ebenso wenig zum Verschulden gereichen wie die mangelhafte Prüfung durch die Revisionsstelle.

6.

6.1 Ob ein Organ schuldhaft gehandelt hat, hängt entscheidend von der Verantwortung und den Kompetenzen ab, die ihm von der juristischen Person übertragen wurden. Bei nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften ist entscheidend, ob sie den ihnen obliegenden Kontroll- und Aufsichtspflichten nachgekommen sind. Nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR obliegt dem Verwaltungsrat die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen. Gemäss dieser Bestimmung hat das Verwaltungsratsmitglied nicht nur die Pflicht, an den Verwaltungsratssitzungen teilzunehmen, sondern sich periodisch über den Geschäftsgang zu informieren und bei Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung einzuschreiten (vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 30, N 49). Die Bestimmung entspricht weitgehend dem bis Ende Juni 1992 gültig gewesenen Art. 722 Abs. 2 Ziff. 3 OR, wonach die Verwaltung einer Aktiengesellschaft die mit der Geschäftsführung beauftragten Personen zu überwachen und sich regelmässig über den Geschäftsgang unterrichten zu lassen hatte. Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht hiezu festgestellt

hat, setzt die Sorgfaltspflicht voraus, dass der Verwaltungsrat die ihm unterbreiteten Berichte kritisch liest, nötigenfalls ergänzende Auskünfte verlangt und bei Irrtümern oder Unregelmässigkeiten einschreitet. Dabei wird es aber einem Verwaltungsratspräsidenten einer Grossfirma nicht als grobfahrlässiges Verschulden angerechnet werden können, wenn er nicht jedes einzelne Geschäft, sondern nur die Tätigkeit der Geschäftsleitung und den Geschäftsgang im Allgemeinen überprüft und daher beispielsweise nicht beachtet, dass in Einzelfällen die Abrechnung der Lohnbeiträge nicht erfolgt ist. Das Gegenstück wäre der Präsident des Verwaltungsrates einer Firma, der faktisch das einzige ausführende Organ der Firma ist, oder aber der Verwaltungsratspräsident einer Firma, dem aus irgendwelchen Quellen bekannt ist oder doch bekannt sein sollte, dass die Abrechnungspflicht möglicherweise mangelhaft erfüllt wird (BGE 114 V 219 E. 4a S. 223, 108 V 199 E. 3a S. 202; ZAK 1985 S. 620 E. 3b, je mit Hinweisen).

6.2 Es steht fest und ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer 3, nachdem er von Hans R._____, dem früheren Finanzchef der Firma Y._____, den er anfangs Jahr als Berater zur Unterstützung des Geschäftsführers C._____ bei der Bearbeitung von Budget und Businessplan eingesetzt hatte, erfahren hatte, dass für das Jahr 2002 noch überhaupt keine Beiträge bezahlt worden waren, zuerst am 24. Februar 2003 und dann nach Ausbleiben einer Antwort erneut am 8. März 2003 schriftlich an den Revisor T._____ gelangte und diesen mit verschiedenen Abklärungen beauftragte (unter anderem für 2002: Jahresabschluss per 31. Dezember 2002, sind alle Verpflichtungen an die Sozialversicherungen AHVG, BVG, SUVA, andere berücksichtigt ? Bestehen Schlussabrechnungen für 2002 ? Wie weit sind diese schon bezahlt ? für 2003: wie werden die Sozialversicherungen 2003 behandelt ? bestehen dafür bereits Vorauszahlungen für 2003 und sind entsprechende Anforderungen seitens dieser Stellen vorhanden ? Zwischenabschluss per 31. März 2003 erstellen, offene Rückstellungen resp. Verpflichtungen für Sozialversicherungen ?).

Ebenfalls steht fest, dass der verlangte Zwischenabschluss ("Status") per 31. März 2003 zusammen mit einer "Erklärung zum Status", welche offene Beiträge an die Ausgleichskasse von Fr. 19'098.- für die Abrechnung 2. Quartal 2002 bis 31. März 2003 auswies, dem Beschwerdeführer 3 am 4. April 2003 zugestellt und laut Protokoll an der Verwaltungsratssitzung vom 13. April 2003 eingehend besprochen wurde. Dabei wurde unter anderem festgestellt, die Gesellschaft benötige dringend Kapitalnachschieb, um die Tätigkeiten der kommenden Monate abzusichern, worauf der Beschwerdeführer 4 zusagte, seine noch ausstehende Einlage von Fr. 35'000.- vorzunehmen. Schliesslich wurde gemäss Protokoll anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 7. Juni 2003 der

Bericht der Revisionsstelle für das Geschäftsjahr 2002 sowie die Zwischenbilanz ("Zwischenstatus") per 31. Mai 2003 entgegengenommen und dazu ausgeführt, Bilanz und Erfolgsrechnung zeigten unter anderem auf, dass am Ende des Geschäftsjahres Verbindlichkeiten gegenüber Sozialleistungsträgern bestanden hätten, die jedoch im Verlauf des ersten Quartals 2003 bezahlt worden seien. Zudem wurde als Stellungnahme der Geschäftsführung unter anderem angegeben, es seien alle Sozialleistungsverpflichtungen per Ende Mai erfüllt.

6.3 Soweit das kantonale Gericht diese Aktivitäten des Verwaltungsrats nicht als Entlastungsgrund anerkennt, kann ihm nicht gefolgt werden: Zwar ist die vorinstanzliche Feststellung verbindlich, wonach dem Geschäftsführer an der Verwaltungsratssitzung vom 13. April 2003 keine protokollarisch festgehaltene Weisung erteilt wurde, die Beitragsausstände zu begleichen. Das kantonale Gericht hat auch keine Verfahrensvorschriften verletzt, wenn es die wiederum beantragte persönliche Befragung des Verwaltungsratspräsidenten im Rahmen einer antizipierten Beweiswürdigung (BGE 131 I 153 S. 157 mit Hinweisen) abgelehnt hat. Indessen wurde der Verwaltungsratspräsident unmittelbar nach Kenntnis des Beitragsausstandes Ende Februar 2003 tätig und erkundigte sich bei der Revisionsstelle nicht nur eingehend nach der finanziellen Lage der Gesellschaft, sondern gezielt nach Beitragsausständen bei der Ausgleichskasse. Dies wird im Übrigen auch durch das Schreiben von C._____ vom 17. August 2005 bestätigt, wonach die Beschwerdeführer sich bei "andern Nachfragen" mehrmals über den Stand der Beiträge erkundigt hätten. Die verlangten Auskünfte wurden dem Beschwerdeführer 3 vom Revisor am 4. April 2003 erteilt und anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 13. April 2003 eingehend besprochen, wobei anlässlich dieser Sitzung auch E._____ als Delegierter des Verwaltungsrates ad interim und Coach von C._____ eingesetzt wurde.

Bereits am 5. Mai 2003 wurde die Revisionsstelle erneut beauftragt, die finanzielle Situation der Gesellschaft, insbesondere bezüglich der Sozialversicherungen zu prüfen. Es ginge zu weit, die Beschwerdeführer angesichts dieser wiederholten, teils detaillierten Nachfragen und angeordneten Abklärungen sowie des Bezugs weiterer Fachleute darauf zu behaften, eine konkrete Anweisung an den Geschäftsführer, die Beiträge zu begleichen, sei im Zeitpunkt der Verwaltungsratssitzung vom 13. April 2003 nicht ausgewiesen. Zudem bestand entgegen der Auffassung der Vorinstanz kein Anlass für die Verwaltungsräte, die - protokollarisch festgehaltene - Bestätigung des Geschäftsführers anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 7. Juni 2003, wonach alle bestehenden Verbindlichkeiten gegenüber Sozialleistungsträgern per Ende Mai erfüllt worden seien, in Zweifel zu ziehen. Wie die Beschwerdeführer zutreffend vorbringen, erhob auch der anwesende Revisor, der eine Zwischenbilanz per Ende Mai 2003 erstellt hatte, gegen diese Bestätigung keine Einwände. Dass er die Revision nicht pflichtgemäss durchführte, wie sich aus seinem Schreiben vom 14. Juni 2006 allenfalls schliessen lässt, wonach die Revision nicht vor Ort durchgeführt wurde und sich diese vor allem auf mündliche Bestätigungen von C._____ stützte, kann den Beschwerdeführern nicht angelastet werden. Schliesslich bestand entgegen der Auffassung der Vorinstanz auch angesichts der Entwicklung der Kreditoren keine Veranlassung, an der anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 7. Juni 2003 bestätigten Begleichung der Beiträge zu zweifeln. Wie die Beschwerdeführer zu Recht einwenden, war gemäss Cashflow-Aufstellung für Juni 2003 ein Aufwand von Fr. 130'000.- vorgesehen und nicht nur, wie das kantonale Gericht erwog, Fr. 60'000.-, womit für die Bezahlung der Kreditoren mindestens Fr. 70'000.- zur Verfügung standen. Zudem waren die Beschwerdeführer bereit, der Gesellschaft zusätzliche Mittel zur Verfügung zu stellen (so wurden beispielsweise vom Beschwerdeführer 4 im Mai 2003 Fr. 35'000.- einbezahlt).

Wenn die Beschwerdeführer vorsichtig gewesen wären, hätten sie Zahlungsbelege für die behaupteten Beitragszahlungen vom Geschäftsführer verlangt. Dass sie dies unterlassen und sich nur auf (mündliche) Bestätigungen verlassen haben, ist als fahrlässig zu werten, Grobfahrlässigkeit begründet dies jedoch bei den gegebenen Umständen nicht. Denn grobe Fahrlässigkeit begeht nur, wer das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen (BGE 108 V 199 E. 3a 202). Es ist für den Verwaltungsrat jedoch unüblich, einzelne Zahlungsbelege einzufordern. Eine Pflicht zur Nachfrage bei der Ausgleichskasse, also dem Kreditor selbst, besteht entgegen der Auffassung der Ausgleichskasse - die Vorinstanz liess diese Frage ausdrücklich offen - im Rahmen von Art. 52 AHVG nicht (Urteil H 320/99 vom 14. März 2001, E. 4c/bb), es sei denn, es lägen besondere Umstände vor, die eine Anfrage nahelegen würden, was hier nicht zutrifft. Damit kann auch offen bleiben, ob C._____ dem Verwaltungsrat oder dem Revisor falsche Zahlungsbelege vorgelegt hat oder bei allfälligem Nachfragen vorgelegt hätte, und es deshalb ohnehin am erforderlichen Kausalzusammenhang mangeln würde, wobei anzufügen ist, dass das Strafverfahren, in welchem er wegen mehrfacher Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB verurteilt wurde, Zahlungsbelege betrifft, die erst ab August 2003 und damit für einen hier nicht mehr relevanten Zeitraum gefälscht wurden.

Damit sind die Beschwerdeführer ihren allgemeinen Sorgfaltspflichten nach Art. 717 Abs. 1 OR sowie den Aufsichts- und Kontrollpflichten gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR nachgekommen.

6.4 Zusammenfassend kann entgegen der Auffassung von Vorinstanz und Verwaltung nicht von einem haftungsbegründenden qualifizierten Verschulden der Beschwerdeführer, wie es Art. 52 AHVG für die Schadenersatzverpflichtung verlangt, ausgegangen werden.

7.

Da es nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen geht, ist das Verfahren kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario, in der bis 30. Juni 2006 gültig gewesenen Fassung). Dem Ausgang des Prozesses entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 30. August 2006 und der Einspracheentscheid der Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen vom 16. Dezember 2005 werden aufgehoben, soweit sie die bundesrechtlichen Beiträge samt Nebenkosten betreffen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3000.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2500.- zu entschädigen.

4.

Die Sache wird zur Neuverlegung der Parteienschädigung des vorangegangenen Verfahrens an das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen zurückgewiesen.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen, dem Bundesamt für Sozialversicherungen und C. _____ schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 29. Januar 2008

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

Meyer i.V. Widmer