[AZA 7]
H 300/00 Vr

II. Kammer

Präsident Lustenberger, Bundesrichter Meyer und nebenamtlicher
Richter Maeschi; Gerichtsschreiber Flückiger

Urteil vom 4. September 2001

in Sachen

1. A._____,
2. B._____, Beschwerdeführer, beide vertreten durch Rechtsanwalt Bruno Schelbert, Untermüli 6, 6302 Zug,

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

und
Verwaltungsgericht des Kantons Zug, Zug

A.- A._____war Präsident des Verwaltungsrates, B._____ Mitglied des Verwaltungsrates und G._____ Haupt- bzw. Alleinaktionär der I._____ AG, welche sich laut Eintragung im Handelsregister mit der Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des EDV-Supports befasste. Am 5. März 1996 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet, welcher am 26. April 1996 mangels freier Aktiven im Sinne von Art. 230 SchKG eingestellt wurde. Mit Verfügungen vom 23. April 1997 verpflichtete die Ausgleichskasse des Kantons Zug A._____, B._____ und G._____ zur Bezahlung von Schadenersatz gemäss Art. 52 AHVG im Betrag von Fr. 104'423. 50. Die Betroffenen erhoben hiegegen Einspruch.

B.- Am 26. Juni 1997 reichte die Ausgleichskasse des Kantons Zug beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Klage ein mit dem Antrag, A._____ und B._____ seien zur Bezahlung von Schadenersatz für nicht bezahlte Sozialversicherungsbeiträge in der verfügten Höhe zu verpflichten.
Am 27. Juni 1997 reichte sie eine gleich lautende Klage gegen G._____ ein.
Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug vereinigte die beiden Verfahren und hiess die Klagen insoweit teilweise gut, als es die Beklagten solidarisch verpflichtete, der Ausgleichskasse Schadenersatz im Betrag von Fr. 104'021. 50 zu bezahlen.

C.- A._____ und B._____ führen Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des angefochtenen Entscheids sei die Schadenersatzklage abzuweisen.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug und die Ausgleichskasse des Kantons Zug beantragen Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.
Das Bundesamt für Sozialversicherung und der als Mitinteressierter beigeladene G._____ verzichten auf Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist nur so weit einzutreten, als sie Forderungen betrifft, die sozialversicherungsrechtliche Beiträge des Bundes zum Gegenstand haben. Ob die Schadenersatzforderung bezüglich der Beiträge an die kantonale Familienausgleichskasse zu Recht besteht, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen (BGE 119 V 80 Erw. 1b, 118 V 69 Erw. 1b, 101 V 3 Erw. 1b).

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).

2.- Streitig ist zunächst, ob die Schadenersatzverfügungen vom 23. April 1997 rechtzeitig erfolgt sind.

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 Verwirkungsfrist, 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).
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 zumutbaren Aufmerksamkeit erkennen muss, 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, je mit Hinweisen).
Im Falle eines Konkurses oder Nachlassvertrages hat die Ausgleichskasse praxisgemäss in der Regel bereits dann ausreichende Kenntnis des Schadens, wenn die Kollokation der Forderungen eröffnet bzw. der Kollokationsplan (und das Inventar) zur Einsicht aufgelegt wird (BGE 126 V 443, 119 V 92 Erw. 3 mit Hinweisen). Lässt die Auflage des Kollokationsplanes eine volle Deckung der Beitragsforderung erwarten, kann sich die fristauslösende Kenntnis des Schadens auch in einem späteren Stadium des Konkurses oder Nachlassvertragsverfahrens verwirklichen (nicht veröffentlichtes Urteil P. vom 14. November 1991, H 143/90). Anderseits kann eine Kenntnis des Schadens ausnahmsweise bereits vor Auflegung des Kollokationsplanes bestehen (AHI 1993 S. 81, ZAK 1992 S. 477). Auch im Falle des summarischen Konkursverfahrens hat die Ausgleichskasse in der Regel im Zeitpunkt der Auflage des Kollokationsplanes und des Inventars Kenntnis des Schadens (nicht veröffentlichtes Urteil I. vom 27. Juni 2000, H 12/99). Bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven besteht in der Regel Kenntnis des Schadens im Zeitpunkt der Publikation der Einstellung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB); dies gilt auch dann, wenn ein Gläubiger nach Art. 230 Abs. 2 SchKG die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt (Urteil S. vom 7. Januar 2000, H 224/98; nicht veröffentlichtes Urteil D. vom 28. September 1995, H 105/95).

b) Im vorliegenden Fall wurde der Konkurs am 5. März 1996 eröffnet und am 26. April 1996 mangels Aktiven eingestellt.
Die Publikation der Einstellung erfolgte im SHAB vom ..., in welchem Zeitpunkt die Ausgleichskasse praxisgemäss Kenntnis vom Schaden erlangt hat. Die Schadenersatzverfügungen vom 23. April 1997 wurden daher rechtzeitig innert der Frist von einem Jahr seit Kenntnis des Schadens erlassen. Entgegen den Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde bestehen keine Gründe, welche einen früheren Zeitpunkt der Schadenskenntnis zu rechtfertigen vermöchten. Dass die I._____ AG der Ausgleichskasse im Zusammenhang mit einer Betreibung am 27. November 1995 mitgeteilt hatte, dass sie sich wegen Vertragsbruchs seitens mehrerer Vertragspartner in Liquiditätsschwierigkeiten befand und über eine Bewilligung für Kurzarbeit verfügte, und die Ausgleichskasse nach den Angaben der Beschwerdeführer am 26. Februar 1996 Kenntnis davon erhielt, dass die beantragte Nachlassstundung vom Betreibungsamt nicht bewilligt worden war, vermag eine Kenntnis des Schadens durch die Ausgleichskasse nicht zu begründen, ebenso wenig die Pfändung des technischen Inventars und die entsprechende Abtretungserklärung durch die I._____ AG vom 28. Februar 1996. Wie die Beschwerdeführer selber ausführen, musste die Ausgleichskasse unter diesen Umständen zwar damit rechnen, dass ihr ein Schaden entstehen könnte; auf Grund der Ende 1995/Anfang 1996 bekannt gewesenen Tatsachen musste sie indessen nicht davon ausgehen, dass ihr ein Schaden effektiv auch erwachsen wird. Die Kenntnis des Schadens setzt zudem voraus, dass die Ausgleichskasse in der Lage ist, die Höhe der Beitragsforderung und damit die Höhe des Schadens zu beziffern (Urteil S. vom 7. Januar 2000, H 224/98). Vom konkreten Schaden hatte die Ausgleichskasse indessen erst auf Grund des Berichts vom 5. Mai 1996 über die Arbeitgeberkontrolle, frühestens aber mit der am 3. Mai 1996 im SHAB publizierten Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven Kenntnis. Fehl geht schliesslich der Einwand, auch wenn vom Datum der Konkurseinstel-

lung (26. April 1996) ausgegangen werde, seien die am Freitag, den 23. April 1997 erlassenen Verfügungen verspätet, weil die Ausgleichskasse nicht nachzuweisen vermöge, dass die Beschwerdeführer sie vor dem 27. April 1997 erhalten hätten. Abgesehen davon, dass es für die Rechtzeitigkeit der Schadenersatzverfügung auf den Zeitpunkt der Postaufgabe und nicht auf denjenigen der Eröffnung an den Verfügungsadressaten ankommt (BGE 119 V 96), beginnt der Fristenlauf nach dem Gesagten nicht mit dem Datum des Einstellungsbeschlusses, sondern mit demjenigen der Publikation der Konkurseinstellung im SHAB. Es muss daher bei der Feststellung bleiben, dass die Schadenersatzverfügungen vom 23. April 1997 rechtzeitig erlassen wurden. Unbestritten ist, dass auch die Klage vom 26. Juni 1997 fristgemäss eingereicht wurde (Art. 81 Abs. 3 AHVV).

3.- Dass den Beschwerdeführern in ihrer Eigenschaft als ehemaliger Präsident bzw. ehemaliges Mitglied des Verwaltungsrates der I._____ AG Organstellung im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 52 AHVG zukam, ist unbestritten.
Streitig und zu prüfen ist, ob ihnen ein haftungsbegründendes Verschulden anzurechnen ist.

a) Im vorinstanzlichen Entscheid werden die für die Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG insbesondere für die verantwortlichen Organe von Aktiengesellschaften geltenden Grundsätze zutreffend dargelegt, sodass darauf verwiesen werden kann (vgl. auch BGE 123 V 15 Erw. 5b, 122 V 66 Erw. 4a, 119 V 405 Erw. 2, je mit Hinweisen).
Der Vorinstanz ist auch darin beizupflichten, dass es sich bei der I._____ AG um einen verhältnismässig kleinen Betrieb mit einer einfachen Struktur handelte. Praxisgemäss beurteilen sich die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der Gesellschaftsorgane daher nach einem strengen Massstab (BGE 108 V 202 Erw. 3a).

b) Aus den Akten geht hervor, dass die I._____ AG im Jahre 1994 eine Tätigkeit im Bereich des EDV-Supports aufgenommen und hiefür ab September 1994 Mitarbeiter angestellt hat. Am 24. August 1994 schloss sie mit der W._____ AG einen Vertrag, mit dem sie sich zur Führung einer so genannten Hotline für PC- und Softwaresupport verpflichtete. Einen ähnlichen Vertrag ging sie im April 1995 mit R._____ S.A. ein. Nach Darstellung der Beschwerdeführer kündigte die W._____ AG den Vertrag am 11. September 1995 auf den 31. Dezember 1995, ohne die der I._____ AG vertraglich zustehenden Quartalsgebühren und Anteile aus den Verkäufen von Personalcomputern ab dem dritten Quartal 1995 zu bezahlen, was einem Betrag von rund Fr. 300'000.- entsprochen habe. Am 17. Oktober 1995 habe auch die R._____ S.A. den Vertrag aufgelöst, womit der I._____ AG ein zusätzlicher Schaden von schätzungsweise Fr. 120'000.- entstanden sei. Wegen dieser Ausstände von insgesamt rund Fr. 400'000.- sei die Gesellschaft schliesslich nicht mehr in der Lage gewesen, die laufenden Ausgaben zu decken.
Die Vorinstanz hält dem zu Recht entgegen, dass für die eingetretenen Beitragsverluste vorab andere Gründe ausschlaggebend gewesen sind. Zunächst hat die I._____ AG ab September Arbeitnehmer eingestellt, ohne der Ausgleichskasse hievon Kenntnis zu geben und ohne die entsprechenden Löhne zu deklarieren. Eine Lohnbescheinigung für 1994 hat sie erst nach mehreren Mahnungen und Androhung des Veranlagungsverfahrens sowie strafrechtlicher Folgen am 15. August 1995 eingereicht. Die Gesellschaft ist damit der ihr nach Art. 14 Abs. 1 AHVG obliegenden Beitragsabrechnungspflicht nicht ordnungsgemäss nachgekommen, woran auch die geltend gemachten personellen Probleme nichts zu ändern vermögen. Das Abrechnungsformular für 1994 hatte die Firma bereits am 15. November 1994 erhalten mit der Aufforderung, die Bescheinigung bis 16. Januar 1995 einzureichen. Die Beschwerdeführer können sich daher nicht darauf berufen, die hiefür zuständige Mitarbeiterin habe die Firma am 28. Februar 1995 verlassen und es habe keine Übergabe der Pendenzen stattfinden können, weil die Nachfolgerin die Arbeit erst am 1. April 1995 aufgenommen habe. Es wäre vielmehr Sache der verantwortlichen Organe der Gesellschaft gewesen, eine andere Person mit der Erstellung der Lohnbescheinigung zu beauftragen oder nötigenfalls selber für die erforderlichen Angaben zu sorgen, was umso eher zumutbar gewesen wäre, als es sich um ausgesprochen einfache Verhältnisse (elf Arbeitnehmer mit einer Beschäftigungszeit von einem bis drei Monaten) gehandelt hat. Dazu kommt, dass die Gesellschaft der Beitragszahlungspflicht von Anfang an nicht nachgekommen ist und bis zur Konkurseröffnung im März 1997 nicht einmal die von den ausbezahlten Löhnen in Abzug gebrachten Arbeitnehmerbeiträge abgeliefert hat. Unmittelbar nach Erhalt der Lohnbescheinigung für 1994 vom 15. August 1995 hat die Ausgleichskasse die entsprechenden Beiträge am 18. August 1995 in Rechnung gestellt. Am 18. Oktober 1995 wurde die Firma

erfolglos gemahnt, worauf die Ausgleichskasse die Forderung auf dem Betreibungsweg geltend machte.

Gegen den entsprechenden Zahlungsbefehl erhob die Firma Rechtsvorschlag, was sie im bereits erwähnten Schreiben an die Ausgleichskasse vom 27. November 1995 mit Liquiditätsschwierigkeiten begründete. Die Beschwerdeführer behaupten jedoch nicht, die Gesellschaft sei bereits in jenem Zeitpunkt zahlungsunfähig gewesen. Gerade im Hinblick auf die Kündigung der beiden Verträge am 11. September 1995 bzw.
17. Oktober 1995 und die ungünstige Geschäftsentwicklung hätte Anlass zu einer sofortigen Zahlung der bereits in Rechnung gestellten Beiträge und zu einer Sicherstellung der geschuldeten, noch nicht in Rechnung gestellten Beiträge bestanden. Indem die Firma dieser Pflicht nicht nachgekommen ist, und insbesondere die von den ausbezahlten Löhnen in Abzug gebrachten Arbeitnehmerbeiträge nicht abgeliefert hat, hat sie den Betrieb zumindest teilweise zu Lasten der Sozialversicherung weiter geführt und den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden schuldhaft verursacht.
Dieses Verschulden ist den Beschwerdeführern als den verantwortlichen Organen der Gesellschaft anzurechnen. Auch wenn sie nicht mit der Geschäftsführung beauftragt waren, wäre es angesichts der ihnen bekannten Umstände ihre Pflicht gewesen, sich unter anderem über die ordnungsgemässe Abrechnung und Zahlung der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge zu vergewissern und nötigenfalls entsprechende Massnahmen zu verlangen. Indem sie trotz Kenntnis der ungünstigen Geschäftsentwicklung nicht für eine ordnungsgemässe Abrechnung und Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge gesorgt haben, haben sie den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden schuldhaft mitverursacht. Wenn die Vorinstanz das Verschulden in Würdigung der gesamten Umstände als grobfahrlässig qualifiziert hat, so beruht dies weder auf einer mangelhaften Feststellung des Sachverhalts noch verstösst es sonst wie gegen Bundesrecht.

4.- Zu prüfen ist des Weiteren, ob Exkulpations- und Rechtfertigungsgründe oder Herabsetzungsgründe gegeben sind.

a) Nach der Rechtsprechung kann eine Schadenersatzpflicht trotz schuldhafter Missachtung von AHV-Vorschriften entfallen, wenn besondere Umstände die Nichtbefolgung der einschlägigen Vorschriften als erlaubt oder nicht schuldhaft erscheinen lassen. So lässt sich die Nichtbezahlung der Beiträge ausnahmsweise rechtfertigen, wenn sie im Hinblick auf eine nicht zum Vornherein aussichtslose Rettung des Betriebes durch 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 1987 S. 298).
Im vorliegenden Fall ist zunächst festzustellen, dass die Gesellschaft von Anfang an und lange bevor sie in Zahlungsschwierigkeiten geriet, ihrer Abrechnungs- und Zahlungspflicht nicht nachgekommen ist. Auch durften die Beschwerdeführer nach der Kündigung der Verträge, welche die Gesellschaft mit der W._____ AG und der R._____ S.A.
abgeschlossen hatte, nicht davon ausgehen, dass es sich um bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten handelte, welche durch das Nichtbezahlen der Sozialversicherungsbeiträge überbrückt werden könnten. Da auch keine konkrete Aussicht auf eine baldige Sanierung des schon damals stark verschuldeten Unternehmens bestand, durfte nicht ernsthaft damit gerechnet werden, dass die Forderungen der Ausgleichskasse innert nützlicher Frist beglichen werden könnten, zumal erhebliche weitere Zahlungsrückstände (insbesondere Mietzinsen) vorlagen. Auch der Umstand, dass die Gesellschaft der Ausgleichskasse am 28. Februar 1996 das bereits gepfändete technische Inventar zur Sicherstellung der ausstehenden Beiträge abgetreten hat, vermag die Beschwerdeführer nicht zu exkulpieren. Abgesehen davon, dass damit bestenfalls ein Teil der ausstehenden Beitragsschulden hätte gedeckt werden können, wurde das gesamte Geschäftsinventar bereits am 8. März 1996 auf Verlangen der U._____ AG, welcher die I._____ AG Mietzinsen im Betrag von Fr. 129'736. 80 schuldete, gemäss Art. 268 OR mit Retention belegt. Zudem war die I._____ AG allein (das heisst ohne Zustimmung des Betreibungsamtes) gar nicht befugt, mittels einer Abtretung über die gepfändeten
Vermögensgegenstände zu verfügen. Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden.

b) Es sind sodann keine Gründe gegeben, welche im Sinne von BGE 122 V 189 Erw. 3c zu einer Herabsetzung

des Schadenersatzes wegen Mitverschuldens der Verwaltung führen könnten. Weder hat die Verwaltung gegen elementare Vorschriften des Beitragsbezugs verstossen, noch hat sie sich sonstwie einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht.
Wenn die Beschwerdeführer geltend machen, die Ausgleichskasse habe den Schaden mitverursacht, indem sie nach erfolgter Pfändung und Abtretung des gesamten technischen Inventars nichts gegen die Retention dieser Gegenstände durch den Mietzinsgläubiger unternommen habe, so ist dem entgegenzuhalten, dass bereits am 5. März 1996 über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wurde, was zur sofortigen Einstellung der Betreibungsverfahren führte (Art. 206 Abs. 1 SchKG). Es kann der Ausgleichskasse daher nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie bezüglich des von ihr am 21. Februar 1996 gepfändeten Inventars im Schätzungswert von Fr. 60'000.- kein Verwertungsbegehren gestellt hat. Die Konkurseröffnung hatte im Übrigen zur Folge, dass auch der Mietzinsgläubiger seine Forderung und das Retentionsrecht im Konkurs anzumelden hatte. Nach der Rechtsprechung kann das Retentionsrecht nicht der Pfandbestellung durch einen Dritten gleichgestellt werden, welche nach der Ausnahmeregelung von Art. 206 Abs. 1 Satz 2 SchKG im Konkurs des Schuldners die Aufhebung der Betreibung verhindert (BGE 124 III 215). Es ist daher nicht ersichtlich, welche weiteren Vorkehren die Ausgleichskasse zur Beibringung der Beitragsausstände hätte vornehmen sollen. Von einer
groben Pflichtverletzung, wie sie praxisgemäss für die Herabsetzung des Schadenersatzes wegen Mitverschuldens der Verwaltung vorausgesetzt ist, kann mithin nicht die Rede sein.

5.- a) Zu bejahen ist sodann der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden. Wäre die I._____ AG der Abrechnungspflicht nachgekommen, hätten die Beiträge sowohl für 1994 als auch für 1995 ordnungsgemäss in Rechnung gestellt und rechtzeitig bezahlt werden können. Der eingetretene Schaden hätte damit vermieden werden können.

b) Unbestritten ist schliesslich das Massliche des Schadens, wobei die Vorinstanz die Kosten für die Arbeitgeberkontrolle zu Recht nur im Teilbetrag von Fr. 402.- anerkannt hat (Art. 170 Abs. 3 AHVV).

6.- Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Entsprechend dem Ausgang des Prozesses gehen die Gerichtskosten zu Lasten der Beschwerdeführer (Art. 156 Abs. 1 OG).
Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

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

II.Die Gerichtskosten von Fr. 5000.- werden den Beschwerdeführern je zur Hälfte auferlegt und mit den geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet; der Differenzbetrag

von je Fr. 2500.- wird den Beschwerdeführern zurückerstattet.
III. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Zug, dem Bundesamt für Sozialversicherung und G._____ zugestellt.

Luzern, 4. September 2001

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

Der Gerichtsschreiber: