[AZA 7]
H 148/01 Gr

III. Kammer

Präsident Borella, Bundesrichter Meyer und Lustenberger;
Gerichtsschreiberin Riedi Hunold

Urteil vom 5. Juni 2002

in Sachen

1. A._____,
2. B._____, Beschwerdeführer, beide vertreten durch Rechtsanwalt Armin Neiger, Genferstrasse 23, 8002 Zürich,

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

und
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

A.- A._____ und B._____ führten gemeinsam die Kollektivgesellschaft T._____, A._____ und B._____ und waren ab 1. September 1993 als Selbstständigerwerbende bei der Ausgleichskasse des Kantons Zürich erfasst. Infolge Überführung des Betriebs in die T.Z._____ GmbH gaben sie ihre selbstständige Erwerbstätigkeit auf.
Mit Nachtragsverfügungen vom 6. Juli 1999, welche sie an die Adresse der ehemaligen Kollektivgesellschaft und späteren T.Z._____ GmbH sandte, forderte die Ausgleichskasse von A._____ Beiträge als Selbstständigerwerbender für die Jahre 1995 bis 1997 und von B._____ für die Jahre 1995 und 1996 nach.

B.- Mit gemeinsamer Eingabe vom 6. August 1999 liessen A._____ und B._____ hiegegen Beschwerde führen. Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich hiess diese mit Entscheid vom 20. März 2001 insoweit gut, als es die Verfügung betreffend der von A._____ für das Jahr 1997 geschuldeten Beiträge aufhob und die Sache diesbezüglich an die Ausgleichskasse zurückwies. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

C.- A._____ und B._____ lassen Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben mit dem Antrag, es sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und festzustellen, dass die Nachtragsverfügungen vom 6. Juli 1999 bezüglich der Jahre 1995 und 1996 nichtig seien. Eventualiter sei die Sache zur Neufestsetzung der Beiträge nach dem System der Vergangenheitsbemessung an die Verwaltung zurückzuweisen; subeventualiter sei die Sache an die öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts zur Behandlung als staatsrechtliche Beschwerde zu überweisen.
Die Ausgleichskasse und das Bundesamt für Sozialversicherung verzichten auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Gemäss Art. 128 OG beurteilt das Eidgenössische Versicherungsgericht letztinstanzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 97, 98 lit. b-h und 98a OG auf dem Gebiet der Sozialversicherung.
Hinsichtlich des Begriffs der mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbaren Verfügungen verweist Art. 97 OG auf Art. 5 VwVG. Nach Art. 5 Abs. 1 VwVG gelten als Verfügungen Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen (und im Übrigen noch weitere, nach dem Verfügungsgegenstand näher umschriebene Voraussetzungen erfüllen).

Die bundesrechtliche Verfügungsgrundlage bestimmt sich danach, ob der materiellrechtliche Streitgegenstand dem Bundessozialversicherungsrecht angehört. Zwischen- und Endentscheide kantonaler Gerichte in Bundessozialversicherungsstreitigkeiten über kantonales Verfahrensrecht sind daher mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Eidgenössischen Versicherungsgericht anfechtbar, unabhängig davon, ob in der Hauptsache selbst Beschwerde geführt wird (BGE 126 V 143).

b) Da keine Versicherungsleistungen streitig sind, hat das Eidgenössische Versicherungsgericht nur zu prüfen, ob der vorinstanzliche Entscheid Bundesrecht verletzt, 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).
Ferner ist Art. 114 Abs. 1 OG zu beachten, wonach das Eidgenössische Versicherungsgericht in Abgabestreitigkeiten an die Parteibegehren nicht gebunden ist, wenn es im Prozess um die Verletzung von Bundesrecht oder um die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts geht.

c) Gemäss Art. 104 lit. a OG kann mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden, wobei zum Bundesrecht auch das Bundesverfassungsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze wie die Rechtsgleichheit und die Verhältnismässigkeit gehören (BGE 121 V 288 Erw. 3 mit Hinweisen).
Daraus folgt, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde die Funktion der staatsrechtlichen Beschwerde gegen die Verletzung von Bundesverfassungsrecht durch eine kantonale Instanz übernimmt, soweit es sich um Angelegenheiten handelt, die der Rechtskontrolle des Eidgenössischen Versicherungsgerichts als Verwaltungsgericht unterstehen (BGE 121 V 288 Erw. 3 mit Hinweisen). Nach dem Grundsatz der absoluten Subsidiarität der staatsrechtlichen Beschwerde übernimmt die Verwaltungsgerichtsbeschwerde deren Funktion, den Bürger und die Bürgerin gegen die Verletzung verfassungsmässiger Rechte zu schützen (BGE 118 Ib 62 Erw. 1b, 132 Erw. 1a, 112 Ia 358 Erw. 4a, 110 Ib 257, 110 V 363 Erw. 1c, 108 Ib 73 Erw. 1a, 104 Ib 120 f.; Auer, La juridiction constitutionnelle en Suisse, S. 122, Nr. 212; Grisel, Traité de droit administratif, Bd. II, S. 908 f.; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege,
2. Aufl. , S. 92 ff. und 235).

2.- a) Die Beschwerdeführer beanstanden, dass das kantonale Gericht nicht zwei separate Verfahren geführt habe; dies verletze ihre Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV). Schon aus Datenschutzgründen und auch vollstreckungstechnisch sei die "Anlage eines einzigen Verfahrens" sachlich und juristisch nicht haltbar.

b) Die Kantone regeln das Verfahren vor den kantonalen Rekursinstanzen unter Berücksichtigung der in Art. 85 Abs. 2 AHVG aufgestellten Mindestanforderungen. Der Kanton Zürich hat dies mit dem Gesetz über das Sozialversicherungsgericht vom 7. März 1993 (GSVGer; LS 212. 81) getan.
§ 28 GSVGer statuiert dabei die sinngemässe Anwendung des Gesetzes über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976 (ZPO; LS 271). Demnach kann das vorsitzende Mitglied des Sozialversicherungsgerichts die Vereinigung von Verfahren im Sinne einer einfachen Streitgenossenschaft anordnen (§ 10 GSVGer in Verbindung mit § 40 Abs. 3 ZPO; vgl. auch Zünd, Kommentar zum Gesetz über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Diss. , Zürich 1999, N 5 zu § 28).
Streitgenossenschaft entsteht bei gemeinsamem Einleiten eines Verfahrens durch bzw. gegen mehrere Beteiligte oder bei Vereinigung getrennt eingereichter Rechtsschriften durch das Gericht (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. , Zürich 1997, N 17 zu § 40). Eine Vereinigung nach § 40 Abs. 3 ZPO ist möglich, wenn ein enger Sachzusammenhang besteht; dieser kann etwa darin liegen, dass die Begehren auf dem gleichen Rechtsverhältnis beruhen oder sich im Wesentlichen auf die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe stützen. Dabei ist es dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt, Verfahren zu trennen oder zu vereinigen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 ff. zu § 40).

c) Nachdem die beiden Versicherten in einer gemeinsamen Eingabe Beschwerde gegen die getrennt erlassenen Verfügungen geführt haben, dieselben Beschwerdegründe vorgebracht werden und den Prozessen im Wesentlichen derselbe Sachverhalt zugrunde liegt, ist es in keiner Weise zu beanstanden, dass die Vorinstanz nicht zwei parallele Verfahren eröffnet, sondern die Sache in einem Entscheid erledigt hat.

3.- a) Die Beschwerdeführer rügen, dass die Verfügungen vom 6. Juli 1999 nicht rechtsgültig eröffnet worden seien, da kein irgendwie gearteter Zusammenhang zwischen ihnen als beitragspflichtigen Selbstständigerwerbenden und der im Adressfeld aufgeführten T.Z._____ GmbH bestehe; die Ausgleichskasse habe Art. 34 und 38 VwVG verletzt, weshalb die Verfügungen nichtig und unbeachtlich seien.

b) Das Verwaltungsverfahren richtet sich bei kantonalen Ausgleichskassen nicht nach dem VwVG, da gegen die von ihnen erlassenen Verfügungen nicht direkt Beschwerde bei einer Bundesbehörde geführt werden kann (Art. 1 Abs. 2 lit. e in Verbindung mit Art. 3 lit. a VwVG). Lediglich im Rahmen von direkten Verweisen im AHVG auf Normen des VwVG ist letzteres für kantonale Ausgleichskassen anwendbar (z.B. Art. 96 AHVG). Für die Eröffnung von Verfügungen der kantonalen Ausgleichskassen sind Art. 128 AHVV, die allgemeinen Rechtsgrundsätze sowie das kantonale Verfahrensrecht massgebend.
Alle Verwaltungsakte, mit welchen die Ausgleichskassen über Rechte oder Pflichten einer versicherten Person befinden, sind schriftlich und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen dieser zu eröffnen (Art. 128 AHVV). Nach einem im gesamten Bundessozialversicherungsrecht geltenden Grundsatz darf den Parteien aus mangelhafter Eröffnung einer Verfügung kein Nachteil erwachsen. Gemäss der Rechtsprechung ist nicht jede mangelhafte Eröffnung schlechthin nichtig mit der Konsequenz, dass die Rechtsmittelfrist nicht zu laufen beginnen könnte. Aus dem Grundsatz, dass den Parteien aus mangelhafter Eröffnung keine Nachteile erwachsen dürfen, folgt vielmehr, dass dem beabsichtigten Rechtsschutz schon dann Genüge getan wird, wenn eine objektiv mangelhafte Eröffnung trotz ihres Mangels ihren Zweck erreicht (ZAK 1992 S. 221 Erw. 5 mit Hinweisen). Nach den konkreten Umständen des Einzelfalles ist zu prüfen, ob die betroffene Partei durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt ist. Richtschnur für die Beurteilung dieser Frage ist der auch in diesem prozessualen Bereich geltende Grundsatz von Treu und Glauben, an welchem die Berufung auf Formmängel in jedem Fall ihre Grenze findet (BGE 111 V 150 Erw. 4c mit
Hinweisen).

c) Entgegen der Darstellung in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde besteht sehr wohl ein Zusammenhang zwischen den Beschwerdeführern und der T.Z._____ GmbH: Von September 1993 bis zur Überführung der Kollektivgesellschaft T._____, A._____ + B._____, in die T.Z._____ GmbH führten die beiden Versicherten die Firma als Selbstständigerwerbende, hernach als Angestellte der juristischen Person; die Geschäftsräumlichkeiten befinden sich unverändert an der Strasse x._____ in Y._____ und auch der Name erhielt nach Gründung der GmbH lediglich den Zusatz Z._____ sowie zwingendermassen das Kürzel GmbH. Hinzukommt, dass die Ausgleichskasse auf jeder Verfügung klar aufgeführt hat (Name, Versicherten- und Abrechnungsnummer), welche Person durch die Verfügung betroffen ist und dass es sich um Beiträge Selbstständigerwerbender handelt. Auch hat die angeblich mangelhafte Eröffnung zu keinerlei Unklarheiten oder Nachteilen geführt, wie die rechtzeitige und in eigenem Namen eingereichte Beschwerde zeigt. Unter diesen Umständen dringt die Berufung auf mangelhafte Eröffnung nicht durch.

4.- a) Die Vorinstanz hat die Bestimmungen und Grundsätze über die Festsetzung der Beiträge Selbstständigerwerbender zutreffend dargelegt. Es betrifft dies insbesondere die Beitrags- und Bemessungsperiode im ordentlichen Verfahren (Art. 9 AHVG, Art. 22 AHVV in der bis 31. Dezember 2000 geltenden Fassung; AS 2000 1441), die Beitragsfestsetzung bei Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit (Art. 25 Abs. 1 und 3 AHVV in der bis 31. Dezember 2000 geltenden Fassung; AS 2000 1441; ZAK 1992 S. 474 Erw. 2b, 1988 S. 511 Erw. 2c und d, je mit Hinweisen) und bei Abweichen des Erwerbseinkommens des ersten Geschäftsjahres von dem der nachfolgenden Jahre (Art. 25 Abs. 4 AHVV in der hier massgeblichen Fassung von 1. Januar 1995 bis
31. Dezember 2000; AS 2000 1441; BGE 120 V 161; SVR 1994 AHV Nr. 16 S. 39; vgl. zum Übergangsrecht BGE 126 V 135 Erw. 4, AHI 1995 S. 3 sowie Urteile A. vom 4. September 2001, H 283/00, S. vom 4. Oktober 2001, H 361/00, und S.
vom 4. Oktober 2001, H 334/00) sowie die Verbindlichkeit des von den kantonalen Steuerbehörden ermittelten Einkommens und Eigenkapitals (Art. 23 Abs. 1 und 4 AHVV in der bis 31. Dezember 2000 geltenden Fassung; AS 2000 1441; AHI 1997 S. 25 Erw. 2b mit Hinweisen). Ebenfalls zutreffend sind die Erwägungen zum Vertrauensschutz (BGE 121 V 66 Erw. 2a, 109 V 55 Erw. 3b, je mit Hinweisen; RKUV 2000 Nr. KV 126 S. 223).

Darauf wird verwiesen.

b) Das erste Geschäftsjahr hat gemäss Meldung der kantonalen Steuerverwaltung vom 1. September 1993 bis 31. Dezember 1994 gedauert, womit das zweite und das dritte Geschäftsjahr und damit das Schwergewicht des rechtserheblichen Sachverhaltes nach dem 1. Januar 1995 liegen (vgl.
die Darstellung bei AHI 1995 S. 5). Vorinstanz und Verwaltung haben demnach zu Recht Art. 25 Abs. 4 AHVV in der von
1. Januar 1995 bis 31. Dezember 2000 geltenden Fassung als massgeblich erachtetet. Auch haben sie korrekterweise das auf zwölf Monate umgerechnete Einkommen der Beitragsbemessung für die Zeit von 1. September bis 31. Dezember 1993 sowie für 1994 zugrunde gelegt. Richtig ist auch die festgestellte Abweichung des Einkommens des ersten Geschäftsjahres gegenüber jenem der beiden folgenden Jahre von über 25 % und die sich daraus ergebende Beitragsfestsetzung der Jahre 1995 und 1996 in der Gegenwartsbemessung.

c) Die Vorinstanz hat die Berufung auf den Vertrauensschutz abgelehnt, da die Beschwerdeführer keine für sie nachteiligen Dispositionen getroffen hätten, sondern lediglich in ihrer Erwartung, nicht mehr Beiträge bezahlen zu müssen, enttäuscht wurden. Deshalb liess sie offen, ob das Merkblatt in Zusammenhang mit der - nicht weiter belegten - telefonischen Auskunft eine hinreichende Vertrauensgrundlage bilden könne. Auch im Lichte der Vorbringen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde hat die Vorinstanz damit weder den in dieser Hinsicht massgebenden Sachverhalt qualifiziert unrichtig festgestellt noch Bundesrecht verletzt (vgl. Erw. 1b).

d) Das kantonale Gericht hat die den Beschwerdeführer 1 betreffende Beitragsverfügung für das Jahr 1997 aufgehoben und zur Neufestsetzung an die Verwaltung zurückgewiesen, wobei die Ausgleichskasse zu berücksichtigen habe, dass infolge Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit per 31. Dezember 1997 für die Beitragsbemessung nicht das durchschnittliche Einkommen der Jahre 1995 und 1996, sondern dasjenige des Jahres 1997 massgebend sei; denn nach der Rechtsprechung gebe es kein "Vorjahr", wenn diesem keine "erste ordentliche Beitragsperiode" folge (AHI 1993 S. 247 mit Hinweisen). Rechtlich ist dem beizupflichten.
Allerdings beruhen die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz insofern auf einem offensichtlich unrichtigen Sachverhalt, als die Überführung der Kollektivgesellschaft in eine GmbH nicht bereits per 31. Dezember 1997, sondern erst 1998 erfolgte (vgl. Ziff. 1 der Replik vom 10. Juli 2000). Da die Beitragspflicht als Selbstständigerwerbender grundsätzlich erst am Vortag des Eintrags im Tagebuch des Handelsregisters endet (vgl. BGE 102 V 103; ZAK 1983 S. 530, je mit Hinweisen), wären die für 1998 geschuldeten Beiträge deshalb im ordentlichen Bemessungsverfahren festzusetzen, mit der Folge, dass es sich beim Beitragsjahr 1997 um ein "ordentliches" Vorjahr gemäss Art. 25 Abs. 3 Satz 2 AHVV handelt. Die Ausgleichskasse hat demnach zu Recht die Beiträge des Beschwerdeführers 1 für 1997 auf dem durchschnittlichen Einkommen der Jahre 1995 und 1996 erhoben.

5.- Nachdem das Eidgenössische Versicherungsgericht auch die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten überprüfen kann (oben Erw. 1c), ist der Eventualantrag auf Überweisung der Sache an das Bundesgericht zur Behandlung als staatsrechtliche Beschwerde abzuweisen.

6.- Da es nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen, sondern um prozessuale Fragen und eine Beitragsstreitigkeit geht, ist das Verfahren kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Die unterliegenden Beschwerdeführer haben somit die Gerichtskosten zu tragen (Art. 135 in Verbindung mit Art. 156 Abs. 1 OG).
Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

II. Der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. März 2001 wird aufgehoben, soweit er die Sache bezüglich des Beschwerdeführers 1 und das

Beitragsjahr 1997 an die Ausgleichskasse zurückweist.
III. Die Gerichtskosten von Fr. 8000.- werden den Beschwerdeführern auferlegt und mit dem geleisteten Kos-

tenvorschuss verrechnet.

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

Luzern, 5. Juni 2002
Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der der Präsident der III. Kammer:

Die Gerichtsschreiberin: