[AZA 7]
H 210/99 Vr

II. Kammer

Bundesrichter Meyer, Ferrari und nebenamtlicher Richter Maeschi; Gerichtsschreiberin Helfenstein

Urteil vom 5. Oktober 2000

in Sachen

S._____ , Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Stefan Hischier, Schachenstrasse 5, Kriens,

gegen

Ausgleichskasse Nidwalden, Stansstaderstrasse 54, Stans,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwalt Amadeus Dinner, Stansstaderstrasse 54, Stans,

und

Verwaltungsgericht des Kantons Nidwalden, Stans

A.- A._____ war Verwaltungsratspräsident der am 24. April 1996 durch Übernahme der X._____ AG gegründeten Y._____ AG. Mitglieder des Verwaltungsrates waren B._____ und S._____, welcher in Luzern ein Treuhandbüro führt. Am 28. Dezember 1995 hatte S._____ mit A._____ einen Mandatsvertrag abgeschlossen, mit dem er sich gegen ein festes jährliches Honorar verpflichtete, treuhänderisch und nach den Instruktionen des Auftraggebers oder der von diesem bezeichneten Drittperson die Funktion als Verwaltungsratsmitglied auszuüben. Gemäss einem vom Verwaltungsrat am 19. März 1996 beschlossenen Organisationsreglement oblag die Geschäftsführung vollumfänglich dem Präsidenten des Verwaltungsrates. S._____ war im Auftrag des Geschäftsführers namentlich für die buchhalterischen Belange sowie für die Geschäftsabschlüsse und die Steuerplanung zuständig. Am 8. Januar 1997 kündigte S._____ das Mandat und trat mit Wirkung ab 14. Februar 1997 aus dem Verwaltungsrat aus. Mangels Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes in Bezug auf den Verwaltungsrat und die Vertretung wurde die Gesellschaft am 2. Mai 1997 von Amtes wegen als aufgelöst erklärt. Am 15. Mai 1997 eröffnete der Einzelrichter in Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons Nidwalden wegen Wechselbetreibung über die bereits aufgelöste Gesellschaft den Konkurs, welcher am 30. Juni 1997 mangels Aktiven und Leistung eines Kostenvorschusses eingestellt wurde.
Nachdem die Ausgleichskasse Nidwalden am 1. Juli 1997 eine Forderung von Fr. 26'751. 10 für ausstehende Sozialversicherungsbeiträge, einschliesslich Verwaltungskostenbeiträge, Verzugszinsen, Mahngebühren und Betreibungskosten, in den Konkurs der Y._____ AG eingegeben hatte, erliess sie am 22. August 1997 Verfügungen, mit welchen sie A._____, B._____ und S._____ gestützt auf Art. 52 AHVG zur Zahlung von Schadenersatz in dieser Höhe verpflichtete. Die Betroffenen erhoben hiegegen Einsprache bei der Ausgleichskasse Nidwalden.

B.- Am 20. Oktober 1997 reichte die Ausgleichskasse Nidwalden beim kantonalen Verwaltungsgericht Klagen ein und beantragte, A._____, B._____ und S._____ seien zur Zahlung von Schadenersatz in der verfügten Höhe zu verpflichten.

Mit Entscheid vom 27. Juli 1998 hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Nidwalden die Klagen gegen A._____ und B._____ im eingeklagten Betrag gut; in teilweiser Gutheissung der gegen S._____ erhobenen Klage verpflichtete sie den Beklagten zur Zahlung von Schadenersatz in der Höhe von Fr. 19'452. 40, unter solidarischer Haftbarkeit mit A._____ und B._____.

C.- S._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des an-

gefochtenen
Entscheides sei die Klage abzuweisen.
Die Ausgleichskasse Nidwalden beantragt Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherung und die als Mitinteressierte beigeladenen A._____ und B._____ lassen sich nicht vernehmen.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- 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 119 V 80 Erw. 1b, 118 V 69 Erw. 1b mit Hinweis).

2.- Im vorinstanzlichen Entscheid werden die nach Art. 52 AHVG und der Rechtsprechung für die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers und seiner Organe geltenden Grundsätze zutreffend dargelegt, sodass darauf verwiesen werden kann (vgl. auch BGE 123 V 15 Erw. 5b mit Hinweisen).

3.- Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden als subsidiär haftendes Organ der konkursiten Gesellschaft grobfahrlässig verursacht hat.
a) Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, er habe über keinerlei Geschäftsführungsbefugnisse verfügt und sei insbesondere nicht befugt gewesen, Zahlungen auszuführen. Er beruft sich auf den Mandatsvertrag vom 28. Dezember 1995, gemäss dem er die Funktion als Verwaltungsratsmitglied treuhänderisch für den Verwaltungsratspräsidenten und nach dessen Instruktionen auszuüben hatte, sowie auf das Organisationsreglement vom 19. März 1996, wonach die Geschäftsführung allein beim Verwaltungsratspräsidenten lag und er im Wesentlichen nur für die Buchhaltung, die Geschäftsabschlüsse und die Steuerplanung zuständig war. Damit vermag sich der Beschwerdeführer einer Haftung nicht zu entziehen. Der Umstand, dass er das Verwaltungsratsmandat treuhänderisch ausgeübt hat und ihm keine Geschäftsbefugnisse zugestanden haben, ändert nichts daran, dass er die ihm als Mitglied des Verwaltungsrates obliegenden unübertragbaren und unentziehbaren Pflichten, insbesondere die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR), zu erfüllen hatte. Dazu kommt, dass sich der Beschwerdeführer auf Grund des Mandatsvertrages
näher mit dem Rechnungswesen und den Belangen der sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflicht zu befassen hatte, weshalb an seine Aufsichtspflicht als Verwaltungsratsmitglied ein strenger Massstab anzulegen ist (vgl. BGE 108 V 203 Erw. 3a mit Hinweisen).

b) Aus den Akten geht hervor, dass die finanzielle Lage der Y._____ AG von Anfang an unklar war, weil es hinsichtlich der Verbindlichkeiten aus der übernommenen früheren Gesellschaft an zuverlässigen Unterlagen fehlte. Mit Bezug auf die sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht ergaben sich Schwierigkeiten daraus, dass die Gesellschaft einerseits als Vertreterin der Versicherungsgesellschaft E._____, andererseits aber auch als freie Versicherungsvermittlerin tätig war und Personen beschäftigte, die teils als Selbstständigerwerbende, teils als Arbeitnehmer eingestuft wurden. Dazu kam, dass die Gesellschaft bis 30. April 1996 der Ausgleichskasse des Kantons D._____ und für die Zeit ab 1. Mai 1996 der Ausgleichskasse Nidwalden angeschlossen war; soweit es sich um Provisionszahlungen seitens der E._____ handelte, war auch die Ausgleichskasse des Kantons C._____ beteiligt. Der Beschwerdeführer hat sich nach Übernahme des Mandates am 19. März 1996 rasch und eingehend mit der Situation befasst und sich bereits am 20. März 1996 bei der Ausgleichskasse des Kantons D._____ über die Beitragsausstände erkundigt. In der Folge traf er nähere Abklärungen zur Frage der Beitragspflicht auf den Provisionszahlungen und legte am
30. Mai 1996 den Geschäftsbericht für das Jahr 1995 vor. Nach Erhalt der definitiven Beitragsrechnung für 1995 vereinbarte er mit der Ausgleichskasse einen Zahlungsplan für die ausstehenden Beiträge in der Höhe von Fr. 20'529. 50. Des Weiteren erklärte er sich bereit, anlässlich der angemeldeten Arbeitgeberkontrolle die noch offenen Fragen zu regeln.
Die Ausgleichskasse Nidwalden erachtet diese Tatsachen als irrelevant, weil sie die Beitragspflicht für die

Jahre 1994 und 1995 zum Gegenstand hätten, wogegen es hier um Beitragsausstände gehe, welche im Jahr 1996 entstanden seien. Dies trifft an sich zu. Dennoch können die genannten Tatsachen bei der Beurteilung der Verschuldensfrage nicht unbeachtet bleiben, hatte der Beschwerdeführer sich nach Antritt des Verwaltungsratsmandates am 24. April 1996 doch vorab mit den bestehenden Beitragsschulden zu befassen. Die noch offenen Beitragsfragen blieben zunächst auch nach dem Anschluss der Gesellschaft an die Ausgleichskasse Nidwalden auf den 1. Mai 1996 ungelöst. Im Ergänzungsbericht der Revisionsstelle der Ausgleichskassen vom 7. Dezember 1996 wird ausgeführt, eine Revision sei zur Zeit nur bis 31. Dezember 1995 möglich; eine Schlusskontrolle per 30. April 1996 sei später vorzunehmen. Daraus ist zu schliessen, dass selbst Ende 1996/Anfang 1997, als der Beschwerdeführer den Mandatsvertrag kündigte und aus dem Verwaltungsrat austrat, noch keine volle Klarheit über die Beitragspflicht bestand. Dies hat die Gesellschaft und ihre Organe zwar nicht von der Beitragsabrechnungs- und Zahlungspflicht befreit, ist bei der Beurteilung der
Verschuldensfrage jedoch zu berücksichtigen. Zu beachten ist des Weiteren, dass dem Beschwerdeführer angesichts der am 8. Januar 1997 erfolgten Kündigung des Mandates und der Demission aus dem Verwaltungsrat nicht zur Last gelegt wird, die Lohnbescheinigung für 1996 nicht eingereicht zu haben. Der Schadenersatzforderung liegen nicht im Einzelnen substanziierte Beitragsforderungen für nicht abgerechnete Löhne in den Jahren 1996 und 1997 zugrunde. Nach der Veranlagungsverfügung vom 30. Juni 1997 scheint es sich um unbezahlt gebliebene Beitragsrechnungen vom 5. September und 10. Dezember 1996 sowie um eine Schlussabrechnung vom 1. Juni 1997 zu handeln, wobei für die Rechnungen vom 5. September und 10. Dezember 1996 am 20. Januar und 17. März 1997 Zahlungsbefehle vorliegen. Im Hinblick auf den am 8. Januar 1997 erfolgten Rücktritt als Verwaltungsratsmitglied kann dem Beschwerdeführer lediglich zum Vorwurf gemacht werden, nicht für eine ordnungsgemässe Bezahlung der vor diesem Zeitpunkt in Rechnung gestellten und zur Zahlung fällig gewordenen Beiträge gesorgt zu haben (BGE 112 V 4 Erw. 3c). Der Beschwerdeführer legt zudem glaubhaft dar, dass ihm die im Organisationsreglement zugesicherte volle Transparenz über den Geschäftsgang nicht
gewährt wurde, was mit ein Grund dafür war, dass es bereits am 8. Januar 1997 zur Kündigung des Mandates und zur Demission als Verwaltungsrat kam. Im Übrigen hat er seinen Angaben zufolge den Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführer ausdrücklich angewiesen, die laufenden Beitragsforderungen zu bezahlen. Hiefür fehlt zwar ein Nachweis. Weitere Beweisvorkehren erübrigen sich jedoch. Denn selbst wenn die Behauptung nicht zutreffen sollte, kann sein Verhalten insgesamt nicht als grobfahrlässig qualifiziert werden. In Würdigung sämtlicher Umstände liegt allenfalls ein leichtes, nicht aber ein qualifiziertes Verschulden vor, weshalb eine Haftung für Schadenersatz nach Art. 52 AHVG entfällt.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I.In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, soweit darauf einzutreten ist, wird der Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Nidwalden vom 27. Juli 1998 betreffend S._____ aufgehoben, und es wird die Schadenersatzklage der Ausgleichskasse Nidwalden vom 20. Oktober 1997 gegen S._____ abgewiesen, soweit sie sich auf Bundesrecht stützt.

II.Die Gerichtskosten von Fr. 2000. - werden der Ausgleichskasse Nidwalden auferlegt.

III. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2000. - wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

IV.Die Ausgleichskasse Nidwalden hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2500. - (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

V.Das Verwaltungsgericht des Kantons Nidwalden wird über eine Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses zu befinden haben.

VI.Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Nidwalden, dem Bundesamt für Sozialversicherung, B._____ und A._____ zugestellt.

Luzern, 5. Oktober 2000

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

Die Gerichtsschreiberin: