Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 149/02

Urteil vom 8. Oktober 2002
II. Kammer

Besetzung
Präsident Schön, Bundesrichter Ursprung und nebenamtlicher Richter Maeschi; Gerichtsschreiberin Helfenstein Franke

Parteien
L._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Markus Meuwly, Boulevard de Pérolles 12, 1701 Freiburg,

gegen

Ausgleichskasse des Kantons Freiburg, Impasse de la Colline 1, 1762 Givisiez, Beschwerdegegnerin

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg, Givisiez

(Entscheid vom 2. Mai 2002)

Sachverhalt:
A.
L._____ war seit Gründung der Gesellschaft im Juni 1996 bis zum 14. Juli 1998 einziger Verwaltungsrat der X._____ AG mit Sitz in Y._____ und Zweigniederlassung in Z._____ gewesen. Direktor und Geschäftsführer der Gesellschaft war P._____, welcher mit L._____ am 3. Juni 1996 einen Vertrag geschlossen hatte, mit dem sich dieser verpflichtete, treuhänderisch als Verwaltungsrat zu amten. Die X._____ AG war ab 1. Juni 1996 der Ausgleichskasse des Kantons Freiburg angeschlossen. Ab Anfang 1997 kam die Gesellschaft der Beitragspflicht nicht mehr nach und musste betrieben werden. Am 15. April 1999 stellte das Betreibungsamt des Bezirks Q._____ der Ausgleichskasse fünf Verlustscheine im Gesamtbetrag von Fr. 27'483.70 aus. Am 6. Mai 1999 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet, in welchen die Ausgleichskasse eine Forderung von Fr. 208'644.50, nachträglich herabgesetzt auf Fr. 185'188.25, eingab. Am 20. Oktober 1999 erliess die Ausgleichskasse eine Verfügung, mit der sie von L._____ Schadenersatz im Betrag von Fr. 130'767.05 für entgangene AHV/IV/EO- und AlV-Beiträge, einschliesslich Verzugszinsen, Verwaltungskosten, Mahngebühren und Betreibungskosten, forderte. Der Betroffene erhob hiegegen Einspruch.
B.
Am 14. Dezember 1999 reichte die Ausgleichskasse beim Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg Klage auf Schadenersatz in der verfügten Höhe ein. In der Replik zur Klageantwort setzte sie die Forderung auf Fr. 106'431.05 herab.

Mit Entscheid vom 2. Mai 2002 hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg die Klage in diesem Umfang gut.
C.

L._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des angefochtenen Entscheids sei die Klage vollumfänglich abzuweisen; eventuell sei die Klage im Betrag von höchstens Fr. 39'810.35 gutzuheissen.

Die Ausgleichskasse schliesst sinngemäss auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während das Bundesamt für Sozialversicherung auf eine Vernehmlassung verzichtet.
Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
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.
2.1 Im vorinstanzlichen Entscheid werden die gesetzlichen Bestimmungen (Art. 52 AHVG, Art. 81 und 82 AHVV) und die nach der Rechtsprechung (BGE 123 V 15 Erw. 5b, 122 V 66 Erw. 4a, 119 V 405 Erw. 2, je mit Hinweisen) für die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers und dessen Organe geltenden Regeln zutreffend dargelegt, sodass darauf verwiesen werden kann.
2.2 Der Vorinstanz ist auch darin beizupflichten, dass die Schadenersatzverfügung rechtzeitig innert der Verwirkungsfristen von Art. 82 Abs. 1 AHVV erlassen wurde. Rechtzeitig erhoben wurde auch die Klage der Ausgleichskasse vom 14. Dezember 1999 (Art. 81 Abs. 3 AHVV).
3.
Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden schuldhaft im Sinne von Art. 52 AHVG verursacht hat.
3.1 Nicht jedes einer Firma als solcher anzulastende Verschulden muss auch ein solches ihrer sämtlichen Organe sein. Vielmehr hat man abzuwägen, ob und inwieweit eine Handlung der Firma einem bestimmten Organ im Hinblick auf dessen rechtliche und faktische Stellung innerhalb der Firma zuzurechnen ist. Ob ein Organ schuldhaft gehandelt hat, hängt demnach entscheidend von der Verantwortung und den Kompetenzen ab, die ihm von der juristischen Person übertragen wurden (BGE 108 V 202 Erw. 3a; ZAK 1985 S. 620 Erw. 3b). Bei einfachen Verhältnissen muss vom einzigen Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, der als solcher die Verwaltung der Gesellschaft als einzige Person in Organstellung zu besorgen hat, in der Regel der Überblick über alle wesentlichen Belange der Firma verlangt werden, und dies selbst dann, wenn er seine Befugnisse weitgehend an einen Geschäftsführer delegiert hat. Er kann mit der Delegation der Geschäftsführung nicht zugleich auch seine Verantwortung als einziges Verwaltungsorgan an den Geschäftsführer delegieren (BGE 108 V 203 Erw. 3b).
3.2 Im vorliegenden Fall bestanden insofern besondere Verhältnisse, als der Beschwerdeführer das Amt als einziger Verwaltungsrat treuhänderisch im Auftrag des Direktors und praktischen Alleineigentümers der X._____ AG, P._____, ausgeübt hat. Nach Art. 1 des Treuhandvertrages vom 3. Juni 1996 lag die Geschäftsführung beim Auftraggeber P._____, welcher dem Beauftragten verbindliche Weisungen erteilen konnte. Gemäss Art. 2 des Vertrages verpflichtete sich der Auftraggeber, "die aus der Firma und Geschäftstätigkeit [sich]ergebenden Verpflichtungen voll und ganz zur Entlastung des Verwaltungsrates zu übernehmen". Art. 4 regelte die gegenseitigen Informationspflichten. Nach der vertraglichen Regelung war es nicht Aufgabe des Beschwerdeführers, sich mit dem Zahlungswesen und insbesondere mit der Abrechnungs- und Beitragszahlungspflicht gegenüber der Ausgleichskasse zu befassen. Auf Grund seiner Stellung als einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft oblag ihm jedoch die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe der Oberaufsicht über die Geschäftsführung, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR). Im Rahmen dieser Oberaufsicht hat das Verwaltungsratsmitglied
nicht nur die Pflicht, an den Sitzungen des Verwaltungsrats teilzunehmen, sondern sich periodisch über den Geschäftsgang informieren zu lassen und geeignete Massnahmen zu treffen, wenn Anhaltspunkte für Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung bestehen (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 30 N 49; Kammerer, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 1997, S. 186; vgl. zu alt Art. 722 Abs. 1 Ziff. 3 OR: BGE 108 V 203 Erw. 3a).

3.3 Die X._____ AG hat ihre Geschäftstätigkeit am 1. Juni 1996 aufgenommen. Laut Eintrag im Handelsregister übernahm sie von der R._____ AG sämtliche Vermögenswerte der Firma T._____. Am 31. Juli 1996 wurden eine Eröffnungsbilanz per 1. Juni 1996 und das Budget für 1996/97 erstellt. Am 11. November 1996 lud der Beschwerdeführer die Geschäftsleitung zu einer Sitzung auf Ende November ein, an welcher der provisorische Abschluss per 30. November 1996, der voraussichtliche Jahresabschluss für 1996 und das Budget für 1997 diskutiert werden sollten. Anlässlich der auf Januar 1997 verschobenen Sitzung versprach P._____, den Jahresabschluss Ende Januar 1997 bereit zu halten. In der Folge erklärte sich der Beschwerdeführer damit einverstanden, dass der erste Abschluss gemäss Vorschlag der Revisionsstelle per 31. Mai 1997 erstellt und für die Steuerveranlagung der Abschluss des Geschäftsjahres auf 31. Dezember 1997 verlegt wurde. An einer ausserordentlichen Generalversammlung vom 22. Mai 1997 wurde einstimmig beschlossen, das erste Geschäftsjahr bis zum 31. Dezember 1997 zu erstrecken. Am 31. Januar 1998 forderte der Beschwerdeführer von P._____ den provisorischen Geschäftsabschluss für 1997. Mit einem weiteren Schreiben vom 27.
Februar 1998 verlangte er unter Hinweis auf die Bestimmungen des Treuhandvertrages den Abschluss 1997 und das Budget 1998 zur Einsicht mit der Feststellung, dass er bei Nichterhalt der Unterlagen bis 20. März 1998 darum bitte, die "bereits Ende Dezember 1997 mündlich ausgesprochene Kündigung durchzuführen". Nachdem er die Unterlagen nicht erhalten hatte, forderte er P._____ am 26. März 1997 nochmals auf, "die Kündigung durchzuführen". In einem Schreiben an P._____ vom 22. April 1998 wies er erneut darauf hin, nicht im Besitz eines Abschlusses zu sein und über keine Informationen, insbesondere nicht hinsichtlich angeblicher Probleme mit der Familienausgleichskasse, zu verfügen; zudem äusserte er den Wunsch, von seinem Amt entbunden zu werden. Nach weiteren Mahnungen vom 5. Mai und 26. Juni 1998 betreffend den Geschäftsabschluss 1997 kam es am 2. Juli 1998 zu einer Besprechung, an welcher P._____ wiederum keinen Abschluss vorlegte. Der Beschwerdeführer erkundigte sich hierauf beim Betreibungsamt, welches am 8. Juli 1998 über Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 169'564.25 informierte. Gleichentags verlangte er von P._____ Auskunft über die Betreibungen und drohte den Rücktritt als Verwaltungsrat an, sofern er bis 10. Juli
1998 keine Antwort erhalten sollte; gleichzeitig wies er nochmals auf den ausstehenden Geschäftsabschluss für 1997 hin. Am 14. Juli 1998 erklärte er wegen Nichteinhaltung von Art. 4 des Treuhandvertrages mit sofortiger Wirkung den Rücktritt als Verwaltungsrat.
3.4 Der Beschwerdeführer ist der Kontroll- und Überwachungspflicht insofern nachgekommen, als er rechtzeitig und wiederholt die Vorlage eines Geschäftsabschlusses (zunächst für das Jahr 1996 und in der Folge für das bis Ende 1997 erstreckte erste Geschäftsjahr) verlangt hat. Damit hat er seinen Pflichten als einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft indessen nicht genügt. 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. Hiezu bestand im vorliegenden Fall umso mehr Anlass, als schon kurz nach der Betriebsaufnahme Hinweise dafür bestanden, dass der Geschäftsgang nicht den Erwartungen entsprach. So wurde bereits an der Sitzung der Geschäftsleitung vom 20. März 1997 darauf hingewiesen, dass die Vermittlung von Temporärarbeitnehmern bei der bestehenden Wirtschaftslage erschwert sei und es besonderer Massnahmen bedürfe, um das vorgesehene
Geschäftsziel zu erreichen. Anlässlich einer weiteren Sitzung vom 22. Mai 1997 zeigte sich die Revisionsstelle überzeugt, dass der für 1997 budgetierte Geschäftsumsatz nicht zu erreichen sei. Für den Beschwerdeführer bestanden daher konkrete Gründe, sich näher mit dem Geschäftsgang zu befassen, zumal es sich um das erste Geschäftsjahr handelte und noch kein Geschäftsabschluss vorlag. Im Rahmen der ihm nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR obliegenden Aufgaben hatte der Beschwerdeführer 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 war 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.). Als P._____ den versprochenen Geschäftsabschluss immer wieder hinausschob, was auf Mängel in der Buchhaltung oder finanzielle Probleme der Gesellschaft schliessen liess, hätte der Beschwerdeführer von den ihm nach Art. 715a OR zustehenden Auskunfts- und Einsichtsrechten, wozu auch das Recht auf Einsicht in die Bücher und
Akten gehört (Böckli, a.a.O., S. 789 Rz 1506; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, S. 307 Rz 103), Gebrauch machen müssen. In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird zwar gel-

tend gemacht, dem Beschwerdeführer sei der Einblick in die Buchhaltungs- und andern Geschäftsunterlagen verweigert worden, was von P._____ in einem Schreiben vom 23. Februar 2000 bestätigt wird. Mit den in den Akten enthaltenen eigenen Schreiben hat der Beschwerdeführer indessen stets nur den ausstehenden Geschäftsabschluss verlangt. Hinweise darauf, dass er Einsicht in die Buchhaltung gefordert hätte und ihm diese verweigert worden wäre, ergeben sich daraus nicht. Erst im Schreiben vom 22. April 1998, mit welchem er sich auf Grund einer Mitteilung der Geschäftsführerin der Zweigniederlassung über Probleme mit der Familienausgleichskasse erkundigte, hat er ein konkretes Informationsbegehren gestellt. Ob er, wie P._____ am 29. Mai 2002 bestätigt hat, mündlich Einsicht in sämtliche Geschäftsunterlagen verlangt hat, kann dahingestellt bleiben. Denn selbst wenn ihm auf entsprechende mündliche Begehren die verlangte Einsicht in die Geschäftsunterlagen verweigert worden wäre, vermöchte ihn dies nicht zu entlasten, wäre er doch
gehalten gewesen, auf seinen Aufsichtsbefugnissen zu beharren und konkrete Massnahmen zu deren Durchsetzung (schriftliche Aufforderung mit Androhung einer Kündigung des Treuhandvertrages) zu treffen und im Weigerungsfall unverzüglich von seinem Amt als Verwaltungsrat zurückzutreten. Zwar hat der Beschwerdeführer offenbar bereits Ende 1997 mündlich seine Rücktrittsabsicht geäussert. Auch hat er am 27. Februar und 26. März 1998 P._____ aufgefordert, "die bereits mündlich erfolgte Kündigung durchzuführen". Dabei handelte es sich jedoch nicht um formelle Demissionserklärungen, sondern um blosse Aufforderungen an P._____, das Vertragsverhältnis aufzulösen. Der Beschwerdeführer hat es damit praktisch dem Belieben von P._____ anheim gestellt, über den Fortbestand des Vertragsverhältnisses zu befinden. Selbst noch im Schreiben vom 22. April 1998 hat er sich damit begnügt, den Wunsch auf Entbindung von seinem Amt zu äussern. Erst am 14. Juli 1998 hat er den sofortigen Rücktritt aus dem Verwaltungsrat erklärt. Dass er diesen Schritt nicht bereits wesentlich früher unternommen und weiterhin als einziger Verwaltungsrat geamtet hat, obschon ihm seinen Angaben zufolge jegliche Einsicht in die Geschäftsunterlagen verwehrt worden war, ist
ihm als Verschulden anzurechnen. Hieran vermag auch der Einwand des Beschwerdeführers, er sei von P._____ getäuscht worden, nichts zu ändern. Die Tatsache allein, dass er vom Geschäftsführer nicht informiert wurde, kann nicht schon einer arglistigen Täuschung gleichgesetzt werden. Selbst wenn es aber - wie in der Strafanzeige des Beschwerdeführers gegen P._____ vom 11. Juli 2002 geltend gemacht wird - zutreffen sollte, dass ihm dieser vorgetäuscht hatte, "er habe die AHV-Prämien regelmässig bezahlt bzw. er werde sie bald zahlen", vermöchte ihn dies nicht zu entlasten, weil er nach dem Gesagten unabhängig hievon konkreten Anlass dazu hatte, seine Aufsichts- und Kontrollbefugnisse wahrzunehmen und er dieser Pflicht nicht nachgekommen ist. Wenn die Vorinstanz das Verhalten des Beschwerdeführers als grobfahrlässig qualifiziert hat, so verstösst dies nicht gegen Bundesrecht, zumal der Beschwerdeführer einziger Verwaltungsrat war und an seine Sorgfaltspflicht hohe Anforderungen zu stellen sind (BGE 114 V 223 f. Erw. 4a, 108 V 203 Erw. 3b; vgl. auch Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in: AJP 1996 S. 1078). Nicht zu beanstanden ist sodann auch, dass die Vorinstanz von weiteren Abklärungen, einschliesslich
des beantragten Beizugs der Konkursakten und der Einvernahme von Zeugen sowie der Parteien, abgesehen hat. Zu weiteren Erhebungen gibt auch die vom Beschwerdeführer eingereichte Strafanzeige gegen P._____ vom 11. Juli 2002 keinen Anlass.

4.

4.1 Zu bejahen ist schliesslich die Kausalität zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten des Beschwerdeführers und dem eingetretenen Schaden. Zwar fehlt es an einem adäquaten Kausalzusammenhang, wenn auch ein pflichtgemässes Verhalten den Schaden nicht hätte verhindern können (Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, S. 100 N 272). Indessen vermag die blosse Hypothese, der Schaden wäre auch bei pflichtgemässem Verhalten eingetreten, die Adäquanz nicht zu beseitigen (Forstmoser, a.a.O., S. 100 N 273; Oftinger, Schweiz. Haftpflichtrecht, Band I, 4. Aufl. Zürich 1975, S. 124). Dass ein Schaden ohnehin eingetreten wäre, muss vielmehr mit Gewissheit oder doch mit hoher Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sein (vgl. Oftinger, a.a.O., S. 125; Kramer, Die Kausalität im Haftpflichtrecht: neue Tendenzen in Theorie und Praxis, ZbJV 123 (1987), S. 304; unveröffentlichtes Urteil E. vom 25. Juli 1991, H 224/90). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Denn es ist nicht anzunehmen, dass der Schaden nicht eingetreten oder zumindest niedriger ausgefallen wäre, wenn der Beschwerdeführer seiner Aufsichtspflicht hinreichend nachgekommen wäre. Wohl mag es zutreffen, dass die sofortige Demission des
Beschwerdeführers als Verwaltungsrat lediglich dazu geführt hätte, dass sich P._____ bereits damals (und nicht erst im Sommer 1998) als geschäftsführender Verwaltungsrat konstituiert hätte. Die Ausgleichskasse hätte auf Grund der Publikation im SHAB hievon jedoch Kenntnis erhalten, was ihr Anlass zu sofortigen Inkasso-

und Betreibungshandlungen oder zu einer Arbeitgeberkontrolle hätte geben können.
4.2 Gegen den von der Vorinstanz auf Fr. 106'431.05 festgesetzten Schaden bringt der Beschwerdeführer nichts Konkretes vor. Den Eventualantrag auf Herabsetzung der Schadenersatzforderung auf Fr. 39'810.35 begründet er damit, dass er am 23. Dezember 1997 effektiv aus dem Verwaltungsrat ausgeschieden sei, weshalb eine Haftung für die nach diesem Zeitpunkt fällig gewordenen Beiträge entfalle. Dieser Betrachtungsweise kann nach dem Gesagten nicht beigepflichtet werden. Rechtlich und faktisch ist der Beschwerdeführer erst am 14. Juli 1998 als Verwaltungsrat zurückgetreten, weshalb er grundsätzlich für sämtliche der bis zu diesem Zeitpunkt fällig gewordenen Beiträge haftet.
Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtskosten von total Fr. 5'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt, unter Anrechnung des geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 1'000.–.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg, Sozialversicherungsgerichtshof, und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.

Luzern, 8. Oktober 2002

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der II. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: