Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 198/04
H 199/04

Urteil vom 10. Juni 2005
IV. Kammer

Besetzung
Bundesrichter Meyer, Ursprung und Kernen; Gerichtsschreiber Grünvogel

Parteien
H 198/04
N._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt André Schlatter, Oberer Graben 26, 9000 St. Gallen,

und

H 199/04
V._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt André Schlatter, Oberer Graben 26, 9000 St. Gallen,

gegen

Ausgleichskasse des Kantons Thurgau, St. Gallerstrasse 13, 8501 Frauenfeld, Beschwerdegegnerin,

Vorinstanz
AHV/IV-Rekurskommission des Kantons Thurgau, Weinfelden

(Entscheide vom 17. September 2004)

Sachverhalt:
A.
Am 20. Januar 2003 wurde über die Firma J._____ AG der Konkurs eröffnet, welcher mit Verfügung des Konkursrichters des Bezirksgerichts X._____ vom 2. Dezember 2004 nunmehr geschlossen worden ist. Bereits am 27. August 2003 hatte die Ausgleichskasse des Kantons Thurgau gegen die ehemaligen Verwaltungsräte der Firma, N._____ und V._____, eine Verfügung auf solidarische Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von Fr. 62'546.- für entgangene bundes- und kantonalrechtliche Sozialversicherungsbeiträge erlassen. Mit Einsprachentscheiden vom 20. und 21. Januar 2004 hielt sie an den Schadenersatzverfügungen fest.
B.
Dagegen erhoben N._____ und V._____ gemeinsam Beschwerde. Die AHV/IV-Rekurskommission des Kantons Thurgau trennte die Verfahren (Nr. 92/2004 und 93/2004) und erliess alsdann am 17. September 2004 zwei separate Entscheide. Dabei wies sie die Beschwerde(n) ab (Dispositiv-Ziffer 1). Zugleich wurde die Ausgleichskasse angehalten, N._____ und V._____ eine allfällige Konkursdividende abzutreten (Dispositiv-Ziffer 2).
C.

N._____ und V._____ lassen Verwaltungsgerichtsbeschwerden führen mit den Anträgen auf Aufhebung von Ziffer 1 des vorinstanzlichen Entscheides und sinngemäss auch des ganzen Einspracheentscheids.

Ausgleichskasse und Bundesamt für Sozialversicherung verzichten auf eine Vernehmlassung, während sich N._____ und V._____ zu den Verwaltungsgerichtsbeschwerden des jeweils anderen noch speziell äussern.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerden richten sich gegen zwei formell getrennte Entscheide der AHV/IV-Rekurskommission des Kantons Thurgau. Indessen sind die vorinstanzlich festgestellten tatsächlichen wie auch die rechtserheblichen Verhältnisse im Fall der beiden Beschwerdeführer praktisch identisch und ihre letztinstanzlichen Eingaben zudem weitgehend deckungsgleich, weshalb es sich rechtfertigt, die Verfahren zu vereinigen und ein Urteil zu erlassen (vgl. BGE 128 V 194 Erw. 1, 126 Erw. 1 mit Hinweisen).
2.
Den verfügten, durch Einsprache- und vorinstanzliche Entscheide bestätigten Schadenersatzforderungen liegen auch entgangene Beiträge an die kantonale Familienausgleichskasse zu Grunde. Insofern ist auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerden nicht einzutreten (Art. 128 OG).
3.
Da es sich bei den angefochtenen Verfügungen 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).
4.
Von den Haftungsvoraussetzungen, welche nach der Rechtsprechung zu Art. 52 AHVG erfüllt sein müssen, damit eine Person für ausgefallene Sozialversicherungsbeiträge ersatzpflichtig wird (Schaden; Widerrechtlichkeit; Kausalität; qualifiziertes Verschulden; Arbeitgeber [Organ]Stellung; Verwirkungs- und nun [vgl. die auf den 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Abs. 3 und 4 des Art. 52 ATSG]Verjährungsfristwahrung) ist auf Grund der beiden Verwaltungsgerichtsbeschwerden einzig der Vorwurf grobfahrlässiger Sorgfaltspflichtverletzung zu prüfen. Die übrigen Haftungsvoraussetzungen wie auch das Massliche der bundesrechtlichen Schadenersatzpflicht sind weder auf Grund der Parteivorbringen noch nach der Aktenlage im Lichte des auch im Rahmen von Art. 105 Abs. 2 OG geltenden Untersuchungsgrundsatzes (BGE 97 V 137 Erw. 1) näher zu prüfen (BGE 110 V 53 Erw. 4a). Auch kann unter Hinweis auf die in den angefochtenen Entscheiden von der kantonalen Rekurskommission korrekt wiedergegebene Rechtsprechung zum grobfahrlässigen Verschulden (BGE 108 V 186 Erw. 1b, 202 Erw. 3a; vgl. auch BGE 123 V 15 Erw. 5b, 121 V 244 Erw. 4b) darauf verzichtet werden, diese letztinstanzlich zu wiederholen.
5.
Die von den Beschwerdeführern - formell - verwaltete Gesellschaft wurde am 23. Juli 2001 gegründet und hatte von Anfang an wirtschaftliche Schwierigkeiten, insbesondere auch Mühe, die wiederholt betreibungsrechtlich eingeforderten AHV-Beiträge zu zahlen. Spätestens anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 7. November 2002 hatten die Beschwerdeführer Kenntnis davon, dass sämtliche Bankkonten des bereits vorgängig Geldleistungen in die Firma einschiessenden Alleinaktionärs Y._____ untersuchungsrichterlich blockiert worden waren. Am 21. November 2002 folgte alsdann die Sperrung der Firmenkonten, ehe die Gesellschaft am 20. Januar 2003 in Konkurs fiel. Die Beschwerdeführer hatten noch kurz davor auf den 11. Dezember 2003 als Verwaltungsräte demissioniert. Die von der Ausgleichskasse eingeforderten Ausstände beschlagen von der Firma unbezahlt gebliebene Sozialversicherungsbeiträge für das Jahr 2001, den April, Oktober und November 2002.
6.
Basis der Zusammenarbeit mit Y._____ bildete der Mandats- und Treuhandvertrag je vom 20. Juli 2001, in welchem N._____, V._____ und F._____ sich als Treuhänder verpflichteten, für den Treugeber (Y._____) treuhänderisch eine Aktiengesellschaft zu gründen und nach seinen Weisungen zu verwalten. Soweit die Beschwerdeführer sich darauf berufen, dass sie sich ihrer gesetzlichen Befugnisse auf Grund dieses

Treuhandvertrages begeben und in der Firma faktisch nichts zu sagen gehabt hätten, muss ihnen die ständige Rechtsprechung, an der festzuhalten ist, entgegengehalten werden, wonach die auf der Grundlage eines solchen Treuhandvertrages zu Stande gekommene Verwaltungsratsstellung nicht als Entlastungs- oder Entschuldigungsgrund angeführt werden kann (HAVE 2003 S. 251; Urteil F., S. und B. vom 4. Dezember 2003, H 173/03, Erw. 4.3.2 mit Hinweisen). Dass die Ausgleichskasse Y._____, welcher nach der Aktenlage durchaus als faktisches Organ erscheint, bisher - aus welchen Gründen auch immer - nicht schadenersatzrechtlich belangt hat (was auch gegenüber faktischen Organen zulässig ist; BGE 119 V 87 Erw. 5a mit Hinweisen; SVR 2003 AHV Nr. 5 S. 13 Erw. 4.2), hilft den Beschwerdeführern ebenfalls nicht weiter.
7.
Entscheidend für die Schadenersatzpflicht spricht folgender Umstand.

In beiden Verwaltungsgerichtsbeschwerden wird ausgeführt:
"Der Alleinaktionär und Hauptgeldgeber, Y._____, welcher die Liquiditätsmittel bereitzustellen hatte und auch tat, wurde vom Beschwerdeführer am 26. August 2002 ausdrücklich auf die Liquiditätsengpässe hingewiesen (act. 2 [Verwaltungsratssitzungsrapport vom 26. August 2002]). Im gleichen Schreiben wurde dieser sogar vor die Entscheidung gestellt, entweder die Unternehmung zu schliessen oder neue Mittel sofort einfliessen zu lassen. Es gilt in diesem Zusammenhang zu beachten, dass gemäss der Verfügung der AHV Thurgau vom 27. August 2003 die Beiträge für die Monate August und September 2002 geleistet wurden. Hätte der Hauptaktionär nach dem 26. August 2002 gehandelt und die Gesellschaft damals aufgelöst oder das versprochene Kapital in die Unternehmung eingebracht, was alleine und einzig in seiner Kompetenz lag, dann wäre der AHV Thurgau auch kein Schaden entstanden. Y._____ hatte entschieden, die Unternehmung weiterzuführen und rasch finanzielle Mittel bereitzustellen, daher behielt der Beschwerdeführer das Mandat.

(...) Das Vertrauen des Beschwerdeführers auf die zugesagten Zuschüsse war berechtigt, da die Gelder bisher immer flossen."
Und in den Stellungnahmen zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde des jeweils anderen wird vorgebracht:
"Einerseits haben die Beschwerdeführer im Vorfeld alles unternommen, um vom Hauptaktionär und faktischen Organ flüssige Mittel bzw. mindestens eine Zusage, dass die 'Finanzspritzen' von Y._____ zur rechten Zeit in das Unternehmen eingebracht würden, zu erhalten. Dank den zahlreichen Interventionen der Beschwerdeführer sind sowohl tatsächlich finanzielle Mittel vom Hauptaktionär, Y._____, in die Firma J._____ AG geflossen, um damit insbesondere offene AHV-Beiträge zu bezahlen, als auch die konkrete Mittelzusage und darüber hinaus sogar eine vielversprechende Unternehmensvision von Y._____ an die Beschwerdeführer abgegeben worden."
Diese Ausführungen zeigen mit aller Deutlichkeit, dass sich die Beschwerdeführer auf Grund des erwähnten Treuhandvertrages auf ein Unternehmen einliessen, welches wirtschaftlich gesehen schon kurze Zeit nach dessen Gründung nicht aus eigener Kraft lebensfähig war. Vielmehr bedurfte es ausserordentlicher, d.h. nicht aus dem laufenden Betriebsertrag fliessender Aufwendungen, um überhaupt die Löhne (und damit auch die Lohnnebenkosten) bezahlen zu können. Ob das Verhalten des Y._____ geeignet war, in den beiden Beschwerdeführern berechtigtes Vertrauen in die Annahme zu wecken, er würde wie bereits früher weiterhin à-fonds-perdu-Beiträge leisten, ist eine Frage, welche im internen zivilrechtlichen Verhältnis der Vertragspartner unter Umständen erheblich sein kann, nicht aber gegenüber der Ausgleichskasse als aussenstehendem Dritten, welche von vornherein keinen Einblick in solche Vorgänge hat. Dementsprechend erübrigen sich die beantragten Abklärungen in diese Richtung. Die Zahlung der Löhne und der darauf geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge hing nicht vom - kraft Verwaltungsratsstellung überblickbaren - Erfolg oder Misserfolg des Geschäftsganges ab, sondern vielmehr nach den gegebenen Umständen einzig von der Bereitschaft des
Y._____, sich weiterhin finanziell zu engagieren. Angesichts der seit längerer Zeit bekannten angespannten finanziellen Situation der Firma hätte es eindeutig Sache der Beschwerdeführer sein müssen, dafür besorgt zu sein, dass einerseits keine weiteren Löhne ohne das Abführen der Sozialversicherungsbeiträge ausbezahlt und andererseits bereits fällige Beiträge ausgeglichen werden. Darauf hat bereits die Vorinstanz verwiesen. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführer dies unterlassen und sich statt dessen auf die Zusicherungen von Y._____, weitere Gelder einzuschiessen oder erhältlich zu machen, verlassen haben, begründet, sozialversicherungsrechtlich betrachtet, den Vorwurf qualifizierter Sorgfaltspflichtverletzung. Denn in einer wirtschaftlich so katastrophalen Situation, wie sie aus dem Rapport über die Sitzung vom 26. August 2002 hervorgeht, konn-

te nicht mit dem Einschiessen weiterer beträchtlicher Mittel durch Y._____ gerechnet werden. Ein Erfolg versprechendes, nachhaltiges Sanierungskonzept, welches unter Umständen einen zeitweiligen Aufschub der fälligen Sozialversicherungsabgaben hätte rechtfertigen können, lag nicht vor (vgl. BGE 108 V 186 Erw. 1b und 193 Erw. 2b; ZAK 1985 S. 576 Erw. 2 und 619 Erw. 3a; Urteil G.
vom 2. Februar 2005, H 86/02, Erw. 5.4.2.1 mit Hinweisen), zumal bei zwei bis drei Jahren, die es für den erhofften Markterfolg durch Lancierung einer neuen Marke bedurfte, nicht mehr von einem vorübergehenden Liquiditätsengpass im Sinne dieser Praxis gesprochen werden kann.
8.
Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Dem Prozessausgang entsprechend gehen die Kosten zu Lasten der Beschwerdeführer (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verfahren H 198/04 und H 199/04 werden vereinigt.
2.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerden werden abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
3.
Die Gerichtskosten von Fr. 4000.- werden den Beschwerdeführern je zur Hälfte auferlegt. Sie sind durch die geleisteten Kostenvorschüsse von je Fr. 4000.- gedeckt; die Differenzbeträge von je Fr. 2000.- werden zurückerstattet.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, der AHV/IV-Rekurskommission des Kantons Thurgau und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.
Luzern, 10. Juni 2005
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Vorsitzende der IV. Kammer: Der Gerichtsschreiber: