[AZA 7]
H 44/01 Vr

II. Kammer

Bundesrichter Meyer, Lustenberger und nebenamtlicher
Richter Staffelbach; Gerichtsschreiberin Helfenstein Franke

Urteil vom 16. Mai 2002

in Sachen
Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen, Brauerstrasse 54, 9016 St. Gallen, Beschwerdeführerin,

gegen

1. A._____,
2. B._____,
3. C._____,
4. D._____, Beschwerdegegner, alle vier vertreten durch Dr. iur. Ralph Dischler, Mennweg 1695, 9434 Au,

und
Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen, St. Gallen

A.- A._____ war Präsident des Verwaltungsrates, B._____, C._____ und D._____ waren Verwaltungsräte der X._____ AG, die sich laut Zweckartikel der Statuten mit ... befasste. Auf Antrag vom 10. März 1999 wurde am 16. März 1999 über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet, welcher gemäss Verlustschein vom 12. Juli 2000 zu Ausfällen für die Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen (nachfolgend: Ausgleichskasse) in der Höhe von Fr. 45'782. 35 führte.

Mit Verfügungen vom 28. Januar 2000 verpflichtete die Ausgleichskasse A._____, B._____, C._____ und D._____ zur Bezahlung von Schadenersatz gemäss Art. 52 AHVG für entgangene Sozialversicherungsbeiträge (einschliesslich Verwaltungskostenbeiträge, Verzugszinsen, Mahngebühren und Betreibungskosten) im Betrag von Fr. 45'782. 35. Die Betroffenen erhoben hiegegen Einspruch.

B.- Am 23. März 2000 reichte die Ausgleichskasse beim Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen Klage ein mit dem Antrag, A._____, B._____, C._____ und D._____ seien zur Bezahlung von Schadenersatz für nicht bezahlte Sozialversicherungsbeiträge in der verfügten Höhe zur solidarischen Haftung zu verpflichten. Das Versicherungsgericht wies mit Entscheid vom 22. Dezember 2000 die Klage ab.

C.- Die Ausgleichskasse führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des angefochtenen Entscheids sei die Schadenersatzklage in der Höhe von Fr. 45'782. 35 zu schützen.
A._____, B._____, C._____ und D._____ schliessen auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während das Bundesamt für Sozialversicherung auf eine Vernehmlassung verzichtet.
Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann nur so weit eingetreten werden, als eine Schadenersatzforderung kraft Bundesrechts streitig ist. Es fragt sich, ob die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auch eine Schadenersatzforderung für entgangene Beiträge an die kantonale Familienausgleichskasse (FAK) betrifft (Art. 128 OG; vgl. BGE 119 V 80 Erw. 1b, 118 V 69 Erw. 1b mit Hinweis).

b) Wie sich aus dem Konto-Auszug vom 21. Januar 2000 wie auch der Forderungsaufstellung vom 29. Juli 1999 ergibt, schuldete die Gesellschaft der Ausgleichskasse für 1998 FAK-Beiträge in der Höhe von Fr. 22'345. 75. Indes überstieg ihr Guthaben von Fr. 37'128.- gegenüber der FAK die Beiträge bei weitem. Demgemäss hatte

die AG gegenüber der FAK nicht eine Schuld, sondern eine Forderung. Daraus folgt, wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, dass die eingeklagte Schadenersatzforderung von Fr. 45'782. 25 ausschliesslich bundesrechtliche Sozialversicherungsbeiträge zum Gegenstand hat, weshalb auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vollumfänglich einzutreten ist (Urteil A. vom 20. Juni 2000, H 90/00 mit Hinweisen).

2.- 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).

3.- Die Vorinstanz hat die massgebenden Normen (Art. 52 AHVG, Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV) und die Rechtsprechung zu den Voraussetzungen der Arbeitgeberorganhaftung, insbesondere zum Begriff der Grobfahrlässigkeit (siehe auch BGE 112 V 159 Erw. 4; ZAK 1988 S. 599 Erw. 5a), zur subsidiären Haftbarkeit der Organe (BGE 123 V 15 Erw. 5b), zur Haftungsvoraussetzung des qualifizierten Verschuldens (BGE 108 V 186 Erw. 1b, 193 Erw. 2b) sowie zum dabei zu berücksichtigenden - differenzierten - Sorgfaltsmassstab (BGE 108 V 202 Erw. 3a; vgl. auch Thomas Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in: AJP 9/96, S. 1081) zutreffend wiedergegeben. Darauf wird verwiesen.

4.- Streitig ist, ob die Beschwerdegegner den der Beschwerdeführerin entstandenen Schaden im Sinne von Art. 52 AHVG qualifiziert schuldhaft verursacht haben.

a) Das kantonale Gericht hat im angefochtenen Entscheid die Rechtzeitigkeit der Schadenersatzverfügungen und der nach erfolgtem Einspruch eingereichten Schadenersatzklage, die Organstellung, den Eintritt eines Schadens im Umfang des eingeklagten Betrages sowie die Verletzung der Beitragsabrechnungs- und Zahlungspflicht bejaht. Hingegen stellte es sich unter Hinweis unter anderem auf BGE 121 V 245 auf den Standpunkt, die vier in Pflicht genommenen Organe hätten nicht grobfahrlässig gehandelt.
Zur Begründung führt die Vorinstanz an, der Schaden der Klägerin sei unter anderem deshalb entstanden, weil die Lohnsumme im Laufe des Jahres 1998 zu tief veranschlagt und demzufolge auch zu tiefe Beitragspauschalen in Rechnung gestellt worden seien. Die Klägerin habe in das Pauschalverfahren ohne Bedingungen eingewilligt, weshalb für die Arbeitgeberin zum damaligen Zeitpunkt keine Pflicht bestanden habe, die exakte Lohnsumme vor Ablauf des Kalenderjahres zu melden. Es könne unter den gegebenen Umständen den Beklagten entgegen der Auffassung der Klägerin nicht vorgeworfen werden, dass sie nicht Reserven für höhere Beiträge gebildet habe. Es ergäben sich aus der Aktenlage auch keine Hinweise, dass die Firma wegen finanzieller Schwierigkeiten absichtlich ungenügende Akontozahlung geleistet habe, und zwar im Wissen, dass sie bei Erhalt der Schlussabrechnung nicht mehr in der Lage sein würde, die Restschuld zu begleichen. Vielmehr gebe es Anhaltspunkte, dass die Beklagten die Bezahlung ausstehender Sozialversicherungsbeiträge ernst nahmen. So habe die Firma trotz schwieriger finanzieller Verhältnisse bis Ende Jahr regelmässig Zahlungen geleistet. Sie habe im Jahr 1998 Fr. 118'128.- an die Klägerin überwiesen. Unbezahlt seien lediglich
die Pauschalen ab Oktober 1998 (teilweise) sowie November und Dezember 1998 geblieben. Zudem habe das Unternehmen seit Übernahme der Rechtsvorgängerin per 1. Januar 1997 bis zum 12. Januar 1999 rund Fr. 322'000.- an die frühere Ausgleichskasse Y._____ bezahlt. Eine Gesamtbetrachtung der Verbindlichkeiten gegenüber der AHV (inkl.
FAK) ergebe somit, dass diese während des Bestehens der X._____ AG - und damit während der Amtszeit der Beklagten - von Fr. 143'119. 10 (ausstehend per 31. Dezember 1996 bei der Ausgleichskasse Y._____) auf Fr. 66'393. 35 reduziert werden konnten. Daraus folge, dass nicht gesagt werden könne, die Beklagten hätten das Unternehmen auf Kosten der Ausgleichskassen geführt und andere Forderungen bevorzugt behandelt. Aus den Akten gehe schliesslich auch hervor, dass die Beklagten sich mit erheblichen privaten Mitteln am Unternehmen beteiligt und so letztlich auch dazu beigetragen hätten, dass insbesondere die Beitragsausstände der Rechtsvorgängerin der X._____ AG verringert werden konnten.

b) Demgegenüber rügt die Beschwerdeführerin, das effektive Verhältnis zwischen den Zahlungen der X._____

AG und dem Schaden sei für die Beschwerdegegner weit weniger vorteilhaft, als die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid annehme, und diese Differenz sei deshalb ein Indiz für die Annahme einer Grobfahrlässigkeit. Es gehöre auch zum Gesamtbild, dass die Beschwerdegegner dem Beitragswesen keine genügende Aufmerksamkeit geschenkt hätten.
Bereits die erste Rechnung der Beschwerdeführerin für Januar und Februar 1998 sei nicht fristgerecht beglichen worden. Zudem seien nur Raten bezahlt worden. Die ursprünglichen Rechnungen für März, April und Mai 1998 hätten die Beschwerdegegner jeweils stornieren lassen. Für weitere Pauschalen sei die X._____ AG sogar gemahnt und betrieben worden. Diese "katastrophale Zahlungsmoral" weise darauf hin, dass eindeutig Grobfahrlässigkeit vorliege.
Diese systematisch verspätete Zahlung der Beitragspauschale und die Nichtbezahlung der Endabrechnung hätten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zum eingetretenen Schaden führen müssen.

5.- a) Die Beurteilung der Frage, ob die Beschwerdegegner als verantwortliche Arbeitgeberorgane ihren Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Einhaltung der Beitragspflicht nachgekommen sind, also die verschuldensmässige Wertung der Beitragspflichtverletzung, hat in Würdigung der gesamten Umstände, die zum Zahlungsrückstand geführt haben, zu erfolgen (Urteile B. vom 13. Februar 2002, H 438/00, und M. vom 9. November 2001, H 50/01, je mit Hinweisen).
Dabei ist nach ständiger Rechtsprechung nicht jede Verletzung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben der Arbeitgeberin als Institution der Versicherungsdurchführung ohne weiteres als qualifiziertes Verschulden ihrer Organe im Sinne von Art. 52 AHVG zu werten. Das absichtliche oder grobfahrlässige Missachten von Vorschriften verlangt vielmehr einen Normverstoss von einer gewissen Schwere. Dagegen kann beispielsweise die relativ kurze Dauer des Beitragsausstandes sprechen, wobei aber immer eine Würdigung sämtlicher konkreten Umstände des Einzelfalles Platz zu greifen hat. Die Frage der Dauer des Normverstosses ist somit ein Beurteilungskriterium, welches im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen ist und im Sinne der Rechtsprechung zu den Entlastungsgründen (BGE 108 V 186 f. Erw. 1b, 200 f.
Erw. 1) zur Verneinung der Schadenersatzpflicht führen kann (BGE 121 V 244 Erw. 4b mit Hinweis).

b) Vorliegend ist festzuhalten, dass sich die Schadenersatzforderung im Betrag von Fr. 45'782. 35 einerseits aus den unbezahlt gebliebenen Pauschalbeiträgen 1998 in der Höhe von Fr. 15'923. 05 und andererseits aus der Differenz der Schlussabrechnung 1998 (es wurden Fr. 25'227. 30 zu wenig abgerechnet) sowie aus Mahn- und Betreibungsgebühren zusammensetzt, wobei anzumerken ist, dass entgegen der Darstellung im vorinstanzlichen Entscheid die Gesellschaft 1998 nicht Fr. 118'128.- an Beiträgen bezahlt hat, sondern lediglich Fr. 81'000.-; bei der Differenz handelt es sich um Gutschriften von Kinderzulagen.
Aus den Akten ergibt sich, dass die Ausgleichskasse für die Monate Januar, Februar sowie Juni bis Dezember Pauschalrechnungen für eine monatliche Lohnsumme von Fr. 75'000.- und zunächst für die Monate März bis Mai solche für eine Lohnsumme von Fr. 165'000.- erstellte. Die Abrechnungen für März bis Mai korrigierte sie mit Rechnung vom 2. Juni 1998, indem sie neu diesen Monaten ebenfalls eine Lohnsumme von Fr. 75'000.- zugrunde legte.
Bereits die erste Rechnung, die gestützt auf eine monatliche Lohnsumme von Fr. 75'000.- am 20. Februar 1998 für die Monate Januar und Februar erging (total Fr. 23'103.-) und am 20. März 1998 zur Zahlung fällig war, wurde nicht fristgerecht beglichen. Vielmehr zahlte die X._____ AG erstmals am 8. April 1998 einen Betrag von Fr. 9000.-, dann am 22. Mai 1998 wiederum Fr. 9000.-, womit bereits per Ende April ein Ausstand von Fr. 14'103.- und per Ende Mai ein solcher von Fr. 5103.- resultierte. In der Folge stellte die Ausgleichskasse am 2. Juni 1998 Fr. 22'225. 50 in Rechnung, dann ab 12. Juni bis Dezember 1998 jeweils monatlich eine Pauschalrechnung in der Höhe von Fr. 7370. 65, während die Gesellschaft im Juli, August und September jeweils Fr. 9000.-, am 3. November 1998 Fr. 18'000.- sowie am 7. und 22. Dezember 1998 je Fr. 9000.- bezahlte. Betrachtet man jeweils die in Rechnung gestellten und bezahlten Beiträge pro Monat, ergibt sich, dass die Gesellschaft mit ihren Zahlungen immer in Verzug war. Der nach der ersten Rechnung über Fr. 23'103.- im Februar und nach der ersten Zahlung am 8. April 1998 bestehende Ausstand von Fr. 14'103.- wuchs im Verlauf des Jahres auf Fr. 38'811. 10 an (Rechnungsstellung Pauschalbeitrag am 11.
September 1998) und reduzierte sich per Ende 1998 wieder auf Fr. 15'923. 05.
Unter diesen Umständen kann entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht gesagt werden, es seien die Pauschalen ab Oktober (teilweise) sowie November und Dezember 1998 unbezahlt geblieben. Vielmehr zog sich

die verzögerte und nicht den Rechnungen entsprechende Zahlungsweise von Beginn des Anschlusses bei der Ausgleichskasse über das ganze Beitragsjahr hin und es kann bereits nicht mehr von einem kurzfristigen Verstoss gegen die Beitragsvorschriften im Sinne von BGE 121 V 243 gesprochen werden. Der Exkulpationsgrund der kurzen Dauer des Beitragsausstandes gemäss BGE 121 V 243 Erw. 4 und 5 (vgl. Erw. 5a hievor) ist denn auch nur auf Fälle anzuwenden, in denen in den letzten zwei, drei Monaten vor Konkurs nichts mehr bezahlt wurde, die Zahlungsmoral der Gesellschaft indes vorher immer klaglos war (Urteil B. vom 13. Februar 2002, H 438/00, Erw. 4b/bb mit Hinweisen). Gerade das war hier nicht der Fall. Vielmehr kann mit Blick darauf, dass grobe Fahrlässigkeit im Sinne von Art. 52 AHVG praxisgemäss vorliegt, wenn ein Arbeitgeber das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen (BGE 112 V 159 Erw. 4 mit Hinweisen), das vorliegende
Zahlungsverhalten der Arbeitgeberin bei der Verschuldensbeurteilung nicht mehr als korrekt bezeichnet werden. Hinsichtlich der Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers als einer gesetzlich vorgeschriebenen öffentlich-rechtlichen Aufgabe (BGE 118 V 195 Erw. 2a, 111 V 173 Erw. 2) geht es nicht an, dass eine Gesellschaft die zu zahlenden Beiträge eigenmächtig nach ihrem Gutdünken festsetzt, ungeachtet der von der Ausgleichskasse gestellten Rechnungen beliebige Beträge bezahlt und damit über das ganze Beitragsjahr mit ihren Zahlungen in Verzug ist, sodass Mahnungen und Betreibungen die Folge sind. Wenn die verantwortlichen Organe ein solches Zahlungsgebaren ihrer Gesellschaft zulassen, müssen sie sich dies als grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften anrechnen lassen.

c) Zu berücksichtigende Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe sind entgegen der Auffassung der Vorinstanz vorliegend nicht gegeben.
So ändert es insbesondere nichts am Ergebnis, dass das Pauschalabrechnungsverfahren durchgeführt wurde. Zwar darf nach der Rechtsprechung zu Art. 52 AHVG dem Arbeitgeber, welcher die geschuldeten Beiträge im Pauschalverfahren nach Art. 34 Abs. 3 AHVV (in der bis Ende 2000 gültig gewesenen und hier anwendbaren Fassung) entrichtet, für die nicht der Beitragshöhe entsprechenden Akontozahlungen nicht von vornherein ein Vorwurf gemacht werden, entspricht es doch gerade diesem Pauschalverfahren, dass der Arbeitgeber je nach den Umständen vorübergehend zu geringe oder zu hohe Zahlungen leistet. Daher berechtigt die Differenz zwischen der Summe der geleisteten Akontozahlungen und den für das Kalenderjahr tatsächlich geschuldeten Beiträgen, so bedeutend sie auch sein mag, nicht zum Vorwurf an den Arbeitgeber, er habe schwerwiegend gegen seine Obliegenheiten verstossen, indem er während des laufenden Jahres die Höhe der Zahlungen nicht an die steigende Lohnsumme angepasst oder nicht für eine bei der Endabrechnung verfügbare Rückstellung gesorgt habe (SVR 1999 AHV Nr. 13 S. 38 Erw. 2a; AHI 1993 S. 165 Erw. 4c). Der Arbeitgeber kann daher für die Differenz zwischen den geleisteten und den tatsächlich geschuldeten Beiträgen nicht haftbar
gemacht werden, es sei denn, er leiste eindeutig zu niedrige Akontozahlungen mit dem Ziel, die Fälligkeit der Beitragsschuld möglichst hinauszuschieben, und im Wissen, dass er anlässlich der Schlussabrechnung möglicherweise nicht in der Lage sein werde, die Restschuld zu begleichen (ZAK 1992 S. 247 Erw. 3b). Dies greift indessen nur, wenn die in Rechnung gestellten Pauschalbeiträge korrekt bezahlt wurden; gerade das war vorliegend indes nicht der Fall.
Soweit die Beschwerdegegner erneut geltend machen, die Verzögerung der Zahlung der Beitragspauschalen sei auf Grund der falschen Rechnungsstellung und Unterlassung der Zustellung der zugesagten Rechnungskorrektur und einer sauberen Zusammenstellung der geschuldeten Beiträge durch die Ausgleichskasse eingetreten, sind sie nicht zu hören.
Zwar ist aus den Akten nicht ersichtlich, weshalb von März bis Mai zunächst Pauschalrechnungen über eine monatliche Lohnsumme von Fr. 165'000.- ergingen und in den Monaten Januar und Februar die Kinderzulagen nicht gutgeschrieben wurden. Ob dies auf Grund eines Fehlers der Ausgleichskasse erfolgte oder weil die Gesellschaft selbst zwischenzeitlich eine höhere Lohnsumme bzw. die Kinderzulagenanträge erst nach Erhalt der ersten Rechnung vom 20. Februar 2000 meldete, ist indes insofern nicht relevant, als die fehlende Verrechnung der Kinderzulagen höchstens ein Grund dafür gewesen wäre, die erforderliche Zahlung um diese Kinderzulagen zu reduzieren (Januar und Februar knapp Fr. 7000.-), weshalb auch dann am 20. März 1998 rund Fr. 15'000.- fällig gewesen wären. Die Gesellschaft hat indes erst am 8. April 1998 eine erste Zahlung von Fr. 9000.- geleistet. Auch die später nach ihrer Auffassung korrekten Rechnungen hat sie nicht fristgerecht und entsprechend den Rechnungsbeträgen bezahlt. Dabei ist in Erinnerung zu rufen, dass die Beitragsforderungen ex lege im Zeitpunkt der Lohnzahlung entstehen (Art. 14 und Art. 51 AHVG; BGE 110 V 227 Erw. 3a) und

mit dem Ablauf der Zahlungsperiode fällig werden (Art. 34 Abs. 4 AHVV), sodass schon deshalb nicht im Sinne der Beschwerdegegner gesagt werden kann, die Ausgleichskasse habe es selbst zu verschulden, wenn sie die Beiträge nicht erhalte.
Entgegen den Erwägungen des kantonalen Gerichts kann den Beschwerdegegnern in keiner Weise zugute gehalten werden, dass alte Beitragsschulden der Rechtsvorgängerin gegenüber der Ausgleichskasse Y._____ zurückbezahlt wurden. Abgesehen davon, dass diese Zahlungen eine andere Ausgleichskasse betrafen, führte ja gerade die Abzahlung dieser früheren Beitragsschulden zu einem Liquiditätsengpass, der seinerseits Ausstände bei den laufenden Beitragszahlungen zur Folge hatte, wie dies die Beschwerdegegner selbst einräumen. Insofern ist die von der Vorinstanz vorgenommene Gesamtbetrachtung, unter Einschluss der gegenüber der Ausgleichskasse Y._____ bestehenden und erfüllten Verbindlichkeiten, nicht massgebend und deshalb geht auch die vorinstanzliche Begründung fehl, die Beschwerdegegner hätten sich mit erheblichen privaten Mitteln am Unternehmen beteiligt, und so letztlich dazu beigetragen, dass die Beitragsausstände der Rechtsvorgängerin der X._____ AG hätten verringert werden können.
Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände ist deshalb von einem haftungsbegründenden qualifizierten Verschulden, wie es Art. 52 AHVG für die Schadenersatzverpflichtung verlangt, auszugehen.

6.- Da es nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen geht, ist das Verfahren kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Entsprechend dem Ausgang des Prozesses gehen die Kosten zu Lasten der Beschwerdegegner (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG).
Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I.In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 22. Dezember 2000 aufgehoben, und die Klage der Beschwerdeführerin wird gutgeheissen.

II.Die Gerichtskosten von total Fr. 3500.- werden den Beschwerdegegnern zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung auferlegt.

III. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3500.- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

IV.Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.

Luzern, 16. Mai 2002

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

Die Gerichtsschreiberin: