Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 211/04

Urteil vom 17. März 2005
IV. Kammer

Besetzung
Präsident Ferrari, Bundesrichterin Widmer und Bundesrichter Ursprung; Gerichtsschreiber Fessler

Parteien
1. F._____,
2. B._____, Beschwerdeführer,

beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Ueli Kieser, Ulrichstrasse 14, 8032 Zürich,

gegen

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

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 23. September 2004)

Sachverhalt:
A.
Die Firma X._____ hatte laut Eintrag im Handelsregister u.a. zum Zweck «Handel usw. mit Sicherungs- und Überwachungsanlagen, elektronischen Zahlungssystemen sowie Heizungs- und Klimaanlagen». Im Verwaltungsrat der Gesellschaft Einsitz hatten F._____ als Präsident sowie B._____ als Mitglied, je mit Kollektivunterschrift zu zweien. Revisionsstelle war die Firma T._____. Die Firma X._____ war der Ausgleichskasse des Kantons Zürich angeschlossen. Am 18. Februar 2000 wurde über die Firma der Konkurs eröffnet. Am 17. April 2000 führte der Revisor der Ausgleichskasse auf dem Konkursamt eine Arbeitgeberkontrolle durch. Dabei ergaben sich Beitragsausstände für die Monate Januar bis Dezember 1999 einschliesslich Verwaltungskosten von Fr. 215'480.80. Am 14. Juli 2000 wurde die Auflage von Kollokationsplan und Inventar publiziert.

In dem im summarischen Verfahren durchgeführten Konkurs der Firma X._____ kam die Ausgleichskasse mit ihrer eingegebenen Forderung von Fr. 252'898.60 voll zu Verlust.

Mit Verfügungen vom 17. Mai 2001 forderte die Ausgleichskasse von F._____ und B._____ in solidarischer Haftung Schadenersatz in der Höhe von Fr. 252'898.60 u.a. für entgangene bundesrechtliche Sozialversicherungsbeiträge sowie FAK-Beiträge nach kantonalem Recht. Dagegen erhoben die Belangten Einspruch.
B.
In Gutheissung der Klage der Ausgleichskasse verpflichtete das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich F._____ und B._____ in solidarischer Haftung zur Bezahlung von Fr. 252'898.60 (Entscheid vom 23.

September 2004).
C.
F._____ (Beschwerdeführer 1) und B._____ (Beschwerdeführer 2) lassen gemeinsam Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, der kantonale Gerichtsentscheid sei aufzuheben und die Schadenersatzklage abzuweisen; eventualiter sei die Sache an das kantonale Gericht zu neuer Prüfung der Klage zurückzuweisen.

Die Ausgleichskasse äussert sich nicht materiell und stellt keinen Antrag zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherung verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Nach der Rechtsprechung sind letztinstanzliche kantonale Entscheide über Schadenersatzforderungen für entgangene Beiträge an kantonale Familienausgleichskassen nicht an das Eidgenössische Versicherungsgericht weiterziehbar (BGE 124 V 146 Erw. 1 mit Hinweis). Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist somit nur einzutreten, soweit die von der Vorinstanz bestätigte Schadenersatzpflicht in der von der Ausgleichskasse verfügten Höhe von Fr. 252'898.60 entgangene Beiträge nach Bundessozialversicherungsrecht betrifft.
2.
Im angefochtenen Entscheid werden die Rechtsgrundlagen zur subsidiären Haftung der Organe einer juristischen Person nach Art. 52 AHVG (in der bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen, hier anwendbaren Fassung; BGE 123 V 15 Erw. 5b mit Hinweisen) zutreffend dargelegt. Zu erwähnen sind insbesondere die Rechtsprechung zum Begriff der Grobfahrlässigkeit (BGE 108 V 186 Erw. 1b und 202 Erw. 3a; vgl. auch BGE 121 V 244 Erw. 4b) und zum Erfordernis des adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen der Missachtung von Vorschriften über die Beitragsabrechnungs- und -zahlungspflicht (Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV) und dem eingetretenen Schaden (BGE 119 V 406 Erw. 4a mit Hinweisen). Richtig sind auch die vorinstanzlichen Ausführungen zum Beginn der einjährigen (Verwirkungs-)Frist nach Art. 82 Abs. 1 AHVV (in Kraft gestanden bis 31. Dezember 2002) für die Geltendmachung von Schadenersatz durch Verfügung im Falle eines im summarischen Verfahren durchgeführten Konkurses (BGE 129 V 195 Erw. 2.1, 126 V 444 f. Erw. 3a und b mit Hinweisen). Darauf wird verwiesen.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das seit 1. Januar 1992 in Kraft stehende revidierte Aktienrecht an der Rechtsprechung zur subsidiären Haftbarkeit der Arbeitgeberorgane nichts geändert hat. Insbesondere stellt die subsidiäre Organhaftung keine Kausalhaftung dar, sondern setzt immer ein qualifiziertes Verschulden mindestens in Form von grober Fahrlässigkeit voraus (Urteile S. vom 2. November 2004 [H 112/03]und H. vom 29. April 2002 [H 209/01]). Im Weitern haben weder die 11. AHV-Revision noch das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) an der Regelung der subsidiären Haftung der Organe eines Arbeitgebers grundsätzlich etwas geändert (vgl. neu Art. 52 Abs. 1 AHVG und BGE 129 V 11, bestätigt im Urteil S. vom 2. November 2004 [H 112/03]).
3.
Bei der streitigen Schadenersatzpflicht nach alt Art. 52 AHVG geht es nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen. Das Eidgenössische Versicherungsgericht prüft daher nur, ob der angefochtene 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 OG in Verbindung mit Art. 104 lit. a und b OG sowie Art. 105 Abs. 2 OG).
4.
4.1 Die Beklagten und heutigen Beschwerdeführer bringen wie schon im kantonalen Verfahren vor, der Schadenersatzanspruch sei verspätet geltend gemacht worden und daher verwirkt. Die Ausgleichskasse habe spätestens im Zeitpunkt der Arbeitgeberkontrolle vom 17. April 2000 auf dem Konkursamt hinreichende Kenntnis vom Schaden sowie von der Person der Ersatzpflichtigen gehabt. Der Revisor habe das lückenlose Gläubigerverzeichnis geprüft, welches rund elf Seiten umfasst habe. Ebenfalls habe er den Konkursbeamten befragt. Der Zeitaufwand für die Arbeitgeberkontrolle habe sechs Stunden betragen. Die Ausgleichskasse habe sich somit ohne weiteres Kenntnis davon verschaffen können, dass sie mit der Beitragsforderung zu Schaden kommen

werde. Entgegen dem kantonalen Gericht treffe nicht zu, dass die Verwaltung sich damals noch kein Bild über die Aktiven der Konkursitin habe machen können. Vielmehr sei den vom Revisor konsultierten Konkursakten ohne weiteres entnehmbar gewesen, welches die Aktiven seien. Die direkte Kontaktaufnahme mit dem Konkursamt, die offiziellen Auskünfte, die Einsicht in sämtliche massgebenden Akten, insbesondere das umfassende Gläubigerverzeichnis, sowie die Kenntnis des festgestellten Beitragsausstandes begründeten im vorliegenden Fall ausnahmsweise Schadenskenntnis. Somit sei mit Erlass der Verfügung vom 17. Mai 2001 der Schadenersatzanspruch verspätet geltend gemacht worden.

Das kantonale Gericht hat den Einwand der Verwirkung mit der Begründung verworfen, die Arbeitgeberkontrolle vom 17. April 2000 habe sich auf die Prüfung der Frage beschränkt, ob die konkursite Firma ihren Pflichten gegenüber der Ausgleichskasse nachgekommen sei. Nicht Gegenstand der Kontrolle bildete, inwieweit noch verwertbare Aktiven vorhanden gewesen seien. Auch wenn die Abklärung auf dem Konkursamt durchgeführt worden sei, spreche nichts dafür, dass der Revisor dabei Wahrnehmungen gemacht habe, die auf die Uneinbringlichkeit der Beitragsausstände hätten schliessen lassen. Durch die Einsichtnahme in das Gläubigerverzeichnis habe sich zwar der Revisor ein vorläufiges und grobes Bild über die Passiven der Konkursitin machen können, nicht jedoch über ihre Aktiven. Letzteres sei erst mit der Auflage von Kollokationsplan und insbesondere Inventar möglich gewesen.

4.2

4.2.1 Die Schadenersatzforderung verwirkt, wenn sie nicht innert Jahresfrist seit Kenntnis des Schadens durch Erlass einer Schadenersatzverfügung geltend gemacht wird, auf jeden Fall aber mit Ablauf von fünf Jahren seit Eintritt des Schadens (Art. 82 Abs. 1 AHVV, in Kraft gestanden bis 31. Dezember 2002; BGE 128 V 12 Erw. 5a mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung erlangt die Ausgleichskasse in dem Zeitpunkt Kenntnis des Schadens, in welchem sie unter Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit erkennen muss, dass die tatsächlichen Gegebenheiten nicht mehr erlauben, die Beiträge einzufordern, wohl aber eine Schadenersatzpflicht begründen können (BGE 129 V 195 Erw. 2.1 mit Hinweisen). Es müssen alle tatsächlichen Umstände über die Existenz, die Beschaffenheit und die wesentlichen Merkmale des Schadens sowie die Person des Ersatzpflichtigen bekannt sein (BGE 128 V 12 Erw. 5a, 116 V 76 Erw. 3b). Zumutbare Kenntnis eines Teilschadens ist in der Regel ausreichend (BGE 126 V 447 Erw. 4b und 452 Erw. 2a in fine, je mit Hinweis).

Im Falle eines Konkurses besteht praxisgemäss in der Regel bereits dann ausreichend Kenntnis des Schadens, wenn die Kollokation der Forderungen eröffnet resp. der Kollokationsplan (und das Inventar) zur Einsicht aufgelegt wird (BGE 129 V 195 Erw. 2.3 mit Hinweisen). Die ausnahmsweise Vorverlegung dieses Zeitpunktes zumutbarer Schadenskenntnis rechtfertigt sich u.a., wenn die Ausgleichskasse auf Grund von Gläubigerversammlungen erfährt, dass mit Sicherheit ihre Forderung ganz oder zum Teil ungedeckt bleiben wird (BGE 126 V 447 Erw. 4b, 121 V 240 Erw. 3c/aa und 243 oben sowie ZAK 1986 S. 524 Erw. 3c). Hingegen begründet die Anordnung des summarischen Konkursverfahrens noch keine Kenntnis des Schadens (BGE 129 V 195 Erw. 2.3 mit Hinweisen). Grundsätzlich nicht entscheidend ist, woher die Ausgleichskasse ihr Wissen bezieht, wenn dieses Wissen nur genügend sicher ist (vgl. BGE 116 II 163 oben). Immerhin sind regelmässig nur offizielle Verlautbarungen (Mitteilungen des Konkursamtes bei Gläubigerversammlungen oder des Sachwalters im Nachlassverfahren) als fristauslösend zu betrachten (Urteil B. vom 21. September 2004 [H 328/04]Erw. 4.2 mit Hinweis auf BGE 128 V 15 ff., 126 V 450 ff. und 121 V 240 ff.). Damit einher geht die Pflicht der Ausgleichskassen, sich gegebenenfalls aktiv um die Schadenskenntnis zu bemühen (vgl. die erwähnten Präjudizien sowie BGE 116 V 77 oben und ZAK 1986 S. 524 Erw. 3c).

4.2.2 Die im Konkurs von Gesetzes wegen durchzuführende Arbeitgeberkontrolle (vgl. Art. 68 Abs. 2 und Abs. 3 AHVG sowie Art. 162 Abs. 1 AHVV) kann eine Schadenskenntnis begründen und den Lauf der einjährigen Verwirkungsfrist nach alt Art. 82 Abs. 1 AHVV auslösen (Urteil W. + S. vom 3. März 2003 [H 30/02]Erw. 3.2). Ausschlaggebend ist, dass nach den konkreten Umständen vom Verwertungsverfahren offensichtlich keine (weitere) Befriedigung erwartet werden kann (vgl. ZAK 1991 S. 127 Erw. 2a, 1988 S. 299). Im nicht veröffentlichten Urteil F. vom 23. Dezember 1997 (H 149/95) bejahte das Eidgenössische Versicherungsgericht eine zumutbare Schadenskenntnis nach Mitteilung des Ergebnisses der Arbeitgeberkontrolle. Auf Grund des ergebnislos verlaufenen Pfändungsverfahrens war davon auszugehen, dass kein pfändbares Vermögen mehr vorhanden war. Sodann hatte die Firma kurz vor Konkurseröffnung mitgeteilt, sie habe ihre Tätigkeit einstellen müssen. Mangels Lohnzahlung werde im Betrieb nicht mehr gearbeitet. Letzte Gewissheit über die tatsächli-

che Uneinbringlichkeit der ausstehenden Beitragsforderungen lieferte die unmittelbar danach durchgeführte Arbeitgeberkontrolle. «Danach haben die Arbeitnehmer Lohnforderungen in Höhe von Fr. 282'614.- angemeldet, die im Konkursverfahren noch vor der Beitragsforderung in der ersten Klasse privilegiert sind (alt Art. 219 Abs. 4 SchKG)» (Erw. 3d). In dem auch von der Vorinstanz erwähnten Urteil H. vom 29. April 2002 (H 209/01) war der Konkurs im summarischen Verfahren ohne Gläubigerversammlungen durchgeführt worden (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG). Das Eidgenössische Versicherungsgericht verwarf den Einwand der in die Pflicht genommenen ehemaligen Organe der Konkursitin, die Ausgleichskasse habe spätestens nach der Arbeitgeberkontrolle Kenntnis vom Schaden im Sinne von alt Art. 82 Abs. 1 AHVV erhalten. In diesem Zeitpunkt habe zwar die Höhe der Beitragsforderung festgestanden. Die Kontrolle habe sich indessen auf die Erstellung der Lohnbescheinigung für 1998 und die Prüfung der Frage beschränkt, ob die konkursite Firma ihren Pflichten gegenüber der Ausgleichskasse nachgekommen sei (Art. 68 AHVG und Art. 163 AHVV). Nicht Gegenstand der Kontrolle habe die Frage gebildet, inwieweit noch verwertbare Aktiven vorhanden gewesen seien. Auch wenn die Kontrolle auf dem Konkursamt erfolgt sei, spreche nichts dafür, dass die Kassenvertreter bei der Arbeitgeberkontrolle Wahrnehmungen machten, die auf eine Uneinbringlichkeit der Beitragsausstände hätten schliessen lassen. Etwas anderes sei umso weniger anzunehmen, als die Frist für die Eingabe von Forderungen in den Konkurs erst zwei Wochen später abgelaufen sei (Erw. 3b).

4.3

4.3.1 Die Arbeitgeberkontrolle vom 17. April 2000 wurde auf dem Konkursamt durchgeführt. Laut dem Bericht vom 18. April 2000 hatte der Revisor lückenlos die Lohnausweise (soweit vorhanden) für 1999, die angemeldeten vierzig Lohnforderungen für die Januar- und Februar-Löhne sowie das Gläubigerverzeichnis, umfassend elf Seiten, geprüft. Zu den Aktiven werden im Kontrollbericht keine Angaben gemacht. Gemäss dem beigelegten Protokoll hatten die beiden ehemaligen Verwaltungsräte der konkursiten Firma und heutigen Beschwerdeführer bei ihrer Einvernahme am 24. Februar 2000 auf dem Konkursamt u.a. angegeben, es seien bereits Gegenstände gepfändet oder arrestiert worden und ihres Wissens seien keine Aktivprozesse im Sinne von Art. 207 SchKG hängig. Diese Umstände lassen es fraglich erscheinen, ob der Revisor bei der Arbeitgeberkontrolle am 17. April 2000 tatsächlich keine Wahrnehmungen gemacht hatte, die auf die Uneinbringlichkeit der Beitragsausstände schliessen liessen, wie die Vorinstanz festhält. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass im damaligen Zeitpunkt das Konkursprivileg für Beitragsforderungen der Ausgleichskassen aufgehoben war (vgl. Art. 219 Abs. 4 SchKG in der vom 1. Januar 1997 bis 31. Dezember 2000 gültig gewesenen Fassung). Dieser Punkt kann indessen offen bleiben.

4.3.2 Der Revisor hatte von Gesetzes wegen die Aufgabe, die Höhe der offenen Beiträge im Hinblick auf die Kollokation einer allfälligen Schadenersatzforderung festzustellen. Dass er sich darüber hinaus allenfalls ein genaueres Bild über die finanzielle Situation der Firma in Liquidation gemacht und hiezu insbesondere auch den aktuellen Stand der Aktiven näher geprüft hatte, ohne dies im Kontrollbericht zu erwähnen, ist nicht von Belang. Entscheidend ist, dass der Revisor zu einer weitergehenden Einsichtnahme in die Konkursakten, etwa um das zu erwartende Verwertungsergebnis oder einen vollen Verlust, soweit möglich, abzuschätzen oder sogar genau zu bestimmen, nicht verpflichtet war. Anders verhielte es sich nur, wenn die Ausgleichskasse bereits im Zeitpunkt der Arbeitgeberkontrolle Kenntnis gehabt hätte oder ihr Umstände bekannt gewesen wären oder hätten sein müssen, dass mit einer Erfüllung der Beitragsforderung resp. der Befriedigung der Schadenersatzforderung nicht ernstlich gerechnet werden konnte.

Vorliegend sind keine vor der Arbeitgeberkontrolle vom 17. April 2000 liegende Umstände aktenkundig, welche im dargelegten Sinne die Verwaltung zu näheren Abklärungen hätten veranlassen müssen. Vielmehr gab es gemäss Einvernahmeprotokoll vom 24. Februar 2000 pfändbares Vermögen. In der vorinstanzlichen Duplik sodann wurden die Aktiven im Zeitpunkt der Konkurseröffnung aufgezählt. Die Liste umfasste u.a. Bankguthaben, Büromobiliar in den Räumlichkeiten der Filialen D._____, G._____ und E._____, ein umfangreiches Warenlager in D._____, Forderungen aufgrund bereits fakturierter Rechnungen oder mit bereits vorliegenden Zahlungsbestätigungen zweier Finanzierungsgesellschaften, mit denen die Firma zusammengearbeitet hatte, sowie Rechte aus 215 noch bestehenden Kundenverträgen.

4.4 Nach dem Gesagten musste die Ausgleichskasse frühestens bei Auflage von Kollokationsplan und Inventar im Juli 2000 Kenntnis vom Schaden im Sinne von alt Art. 82 Abs. 1 AHVV haben. Mit Erlass der Verfügungen vom 17. Mai 2001 war der Schadenersatzanspruch somit rechtzeitig geltend gemacht worden.

5.

Es steht ausser Frage, dass den Beschwerdeführern als einzigen Verwaltungsräten der konkursiten Firma während der gesamten Dauer des Bestehens des Unternehmens formelle und materielle Organstellung zukam. Sodann ist unbestritten, dass aufgrund deutlich zu tiefer monatlicher Pauschalzahlungen zu wenig Beiträge entrichtet wurden und der Ausgleichkasse dadurch ein Schaden entstand. Dazu gehören nach zutreffender Feststellung der Vorinstanz auch die erst nach Konkurseröffnung in Rechnung gestellten Beitragsausstände. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, 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 - hier einmonatigen - Zahlungsperiode fällig werden (Art. 34 Abs. 4 AHVV in der bis 31. Dezember 2000 gültig gewesenen Fassung; Urteil A. und Konsorten vom 16. Mai 2002 [H 44/01]Erw. 5c). Im Weitern stellt es eine Missachtung von Vorschriften über die Beitragsabrechnungs- und die Beitragszahlungspflicht (Art. 14 Abs. 1 AHVG und Art. 34 ff. AHVV) dar, wenn, wie im konkreten Fall, entgegen entsprechenden Auflagen eine bedeutend grössere Anzahl Arbeitnehmer und weit höhere tatsächlich bezahlte Lohnsummen als ursprünglich angenommen
nie gemeldet und demzufolge viel zu wenig Beiträge entrichtet werden (AHI 1994 S. 103 Erw. 5b/aa, 1993 S. 165 f. Erw. 4c und d sowie Urteil J. vom 13. Dezember 2004 [H 35/02]Erw. 3.2.3; vgl. auch ZAK 1992 S. 247 Erw. 3b). Vorliegend waren die 1998 effektiv ausbezahlten Löhne fast doppelt und 1999 fast sechsmal so hoch wie die bei Beginn der Beitragspflicht angegebene Pauschal-Lohnsumme von ca. Fr. 30'000.- im Monat.
6.
6.1 Bei einem festgestellten Schaden infolge Missachtung von Vorschriften über die Abrechnungs- und Beitragszahlungspflicht ist grundsätzlich von einem absichtlichen oder zumindest grobfahrlässigen Verhalten des Arbeitgebers oder der verantwortlichen Organe der Firma auszugehen (BGE 108 V 187 Erw. 1b; ZAK 1985 S. 576 Erw. 2). Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe im Sinne der Nichtbezahlung von Beiträgen zur Rettung eines Unternehmens, welches sich in einer schwierigen finanziellen Lage befindet (BGE 108 V 187 f. Erw. 2; ZAK 1992 S. 248 Erw. 4b), sind nicht gegeben. Solche entlastenden Umstände werden auch nicht geltend gemacht. Ob der Konkurs hätte verhindert und die Firma nach geeigneten Restrukturierungsmassnahmen weitergeführt werden können, wie die Beschwerdeführer in der vorinstanzlichen Duplik vorbringen liessen, ist ohne Belang.

Ob die Beschwerdeführer als verantwortliche Organe der Konkursitin ihren Sorgfaltspflichten in Bezug auf die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge hinreichend nachgekommen sind, hat in Würdigung der gesamten Umstände zu erfolgen (Urteile A. und Konsorten vom 16. Mai 2002 [H 44/01]Erw. 5c, B. vom 13. Februar 2002 [H 438/00]und M. vom 9. November 2001 [H 50/01], je mit Hinweisen).
6.2
6.2.1 Das kantonale Gericht hat zum Verschulden erwogen, zu den unentziehbaren und nicht übertragbaren Pflichten des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft gehöre u.a. die Oberaufsicht über die Geschäftsführung. Die Beklagten hätten sich daher periodisch um das AHV-Abrechnungswesen und die Beitragsentrichtung an die Ausgleichskasse kümmern müssen. Dass sie die eigentliche Geschäftsführung mittels eines Organisationsreglementes an einen Geschäftsführer delegiert hätten und eine Treuhandfirma (T._____) mit den AHV-Abrechnungen betraut gewesen sei, entlaste sie nicht. Eine solche Aufgabendelegation sei zwar zulässig. Kontroll- und Überwachungspflichten sowie Verantwortlichkeiten seien indessen nicht mit haftungsbefreiender Wirkung delegierbar. Vielmehr sei von den Beklagten zu fordern gewesen, dass sie den Überblick über den Abrechnungs- und Zahlungsverkehr mit der Ausgleichskasse gehabt und periodisch entsprechende Kontrollen (Einsicht in Abrechnungen, Belege und dergleichen) durchgeführt hätten. Hiezu habe umso mehr Anlass bestanden, als die konkursite Firma ein kleineres Unternehmen gewesen sei. Insbesondere hätten sich die Beklagten nicht mit der Versicherung des Geschäftsführers, es sei alles in Ordnung, zufrieden geben
dürfen. Hätten die rechtskundigen Beklagten ihre Kontrollaufgaben wahrgenommen, wäre ihnen namentlich nicht verborgen geblieben, dass die Firma die Jahresabrechnung 1998 nicht fristgerecht eingereicht hatte. Hiezu hätte genügt, sich vom Geschäftsführer bis Ende Januar 1999 eine Kopie der Abrechnung vorlegen zu lassen. Sie hätten indes nichts Derartiges getan.

Die Beklagten hätten sich sodann noch weitere Pflichtverletzungen von erheblicher Schwere vorhalten zu lassen. In der Pauschal-Lohnsummen-Anzeige vom 22. Oktober 1998 werde darauf hingewiesen, dass voraussichtlich bedeutende Änderungen und wesentliche Abweichungen der Lohnsumme von der pauschalen Beitragsabrechnung innert 10 Tagen resp. umgehend bekanntzugeben seien. Diese Bedingung/ Auflage für die

Einwilligung der Ausgleichskasse in das Pauschalverfahren sei nicht erfüllt worden. Die Verwaltung habe sich somit in einem schwerwiegenden Irrtum über die Höhe der ausgerichteten Löhne befunden. Es komme dazu, dass die Jahresrechnung 1998 stark verspätet Anfang November 1999 eingereicht worden sei. Hätten die Beklagten dafür gesorgt, dass die entsprechenden Angaben pflichtgemäss bis Ende Januar 1999 geliefert worden wären, hätte die Ausgleichskasse die Pauschalen im Laufe des Jahres 1999 anpassen und für die vorangegangene Zeit die entsprechenden Beiträge nachfordern können. Die Eigenheiten des Pauschalverfahrens, dass je nach den Umständen vorübergehend zu geringe oder zu hohe Zahlungen geleistet würden, rechtfertige zwar keinen Vorwurf, wenn nicht der Beitragshöhe entsprechende Akontozahlungen geleistet würden. Dies gelte indessen nur, wenn allfällige Auflagen und Bedingungen eingehalten würden, was vorliegend auf Grund des von den Beklagten selbst verursachten Irrtums der Ausgleichskasse nicht zutreffe. Aus demselben Grund könne auch dem Umstand keine Bedeutung zukommen, dass die Schadenersatzsumme beinahe vollumfänglich Beiträge betreffe, welche vor der Eröffnung des Konkurses am 18. Februar 2000 noch gar nicht in Rechnung gestellt worden seien. Im Übrigen könne schon mit Blick darauf, dass die Akontobeiträge für mehr als drei Monate nicht bezahlt wurden, nicht von einer allenfalls entschuldbaren relativ kurzen Dauer des Beitragsausstandes gesprochen werden. Schliesslich trage die Ausgleichskasse kein erhebliches Verschulden am Eintritt des Schadens.

6.2.2 In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird eine grobfahrlässige Schadensverursachung bestritten. Vorab sei zu berücksichtigen, dass die Firma die Beiträge im Pauschalverfahren bezahlt habe. Das Risiko von Schwankungen der Lohnsumme habe somit grundsätzlich die Ausgleichskasse zu tragen (Art. 34 Abs. 3 AHVV in der bis 31. Dezember 2000 gültig gewesenen Fassung). Dass die im Fragebogen zur Abklärung der AHV-Beitragspflicht vom 11. September 1998 angegebene, von der Ausgleichskasse in der Pauschal-Lohnsummen-Anzeige vom 22. Oktober 1998 bestätigte Lohnsumme von Fr. 30'000.- im Monat deutlich von den effektiv ausbezahlten Gehältern abgewichen sei, könne den Beschwerdeführern nicht zur Last gelegt werden. Zum einen sei die Angabe für die Anfangsmonate in jeder Hinsicht zutreffend gewesen. Zum andern habe es die Ausgleichskasse zu vertreten, dass die nachfolgende Lohnentwicklung nicht korrekt erfasst worden sei. Entgegen dem Vermerk im Fragebogen zur Abklärung der AHV-Beitragspflicht vom 11. September 1998 habe die Kasse für Rechnungen und Korrespondenzen nicht mit dem Beschwerdeführer 1 verkehrt. Insbesondere sei die anfangs 1999 zu erstellende definitive Lohnabrechnung für 1998 nicht zugestellt worden. Ebenfalls sei kein Formular
geschickt worden, in welchem die voraussichtliche Lohnsumme 1999 hätte angegeben werden können. Hätte die Ausgleichskasse diesbezüglich pflichtgemäss mit dem Beschwerdeführer 1 korrespondiert, wäre sichergestellt gewesen, dass die massgebenden Entwicklungen hätten verfolgt und ihnen entsprechend Rechnung getragen werden können. Dies gelte auch hinsichtlich der Mahnungen für die fehlenden Abrechnungsunterlagen für 1998. Ebenfalls sei die verspätete Einreichung der Jahresabrechnung für 1998 auf die nicht korrekte Verhaltensweise der Ausgleichskasse zurückzuführen. Von einem offensichtlichen Fehlverhalten der Firma und ihrer Organe könne somit nicht ausgegangen werden.

In verantwortlichkeitsrechtlicher Hinsicht sodann sei zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführer nicht geschäftsführende Verwaltungsräte gewesen seien. Ihre gesetzlich nicht übertragbaren Aufgaben hätten sie umsichtig, sorgfältig und zielgerichtet wahrgenommen. Zu erwähnen seien insbesondere der Erlass eines Organisationsreglementes, die Ansetzung, Strukturierung und Leitung von regelmässigen Verwaltungsratssitzungen, zumeist wöchentliche Besprechungen mit dem Geschäftsführer zu Einzelfragen, die Einrichtung eines Kontroll- und Rapportsystems (insbesondere bezogen auf Betreibungen sowie Liquiditätsschwierigkeiten) sowie Überwachung des Zahlungsverkehrs und Ergreifen der notwendigen Massnahmen zur Sicherstellung einer jederzeitigen Liquidität. Damit hätten die Beschwerdeführer die ihnen als nicht geschäftsführende Verwaltungsräte gesellschaftsrechtlich obliegenden Pflichten zweifellos erfüllt. Dies gelte auch in Bezug auf die AHV-Abrechnungspflicht. So sei an der Verwaltungsratssitzung vom 16. September 1998 bestimmt worden, die Lohnabrechnungen und die AHV-Abrechnungen durch die T._____ erledigen zu lassen. An späteren Sitzungen seien Fragen der Sozialversicherungen aufgegriffen und klar geregelt worden. Hinzu komme, dass der Geschäftsführer die klare Weisung erhalten habe, den Verwaltungsrat über jede eingehende Betreibung zu informieren. Bei der T._____ handle es sich um ein alteingesessenes und seit Jahren mit Lohnabrechnungen und Buchhaltungen beschäftigtes, fachlich einwandfreies Treuhandunternehmen. Der Kontakt der Firma mit der beauftragten Abrechnungsstelle sei denn auch ohne Probleme verlaufen. Habe aber die Firma befugtermassen das Lohn- und AHV-Abrechnungswesen an eine fachkundige Treuhandgesellschaft delegiert, sei

eine Pflicht der Beschwerdeführer entfallen, die eingetretenen Lohnveränderungen zu melden. Von einer Verletzung elementarer Vorschriften im Sinne grober Fahrlässigkeit könne im Übrigen ohnehin nicht gesprochen werden, zumal es sich bei der Firma nicht um eine juristische Person mit einfachen und leicht überschaubaren Verhältnissen gehandelt habe. Schliesslich sei die Firma unbestrittenermassen ihrer Beitragszahlungspflicht bis Oktober 1999 klaglos nachgekommen. Die Zeit des Ausstandes vor Konkurseröffnung sei somit derart kurz, dass praxisgemäss eine Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates entfalle. Abgesehen davon hätten die nach Eröffnung des Konkurses am 18. Februar 2000 in Rechnung gestellten Beiträge durch die Beschwerdeführer ohnehin nicht mehr beglichen werden können. Für den Schaden, der auf erst nach Konkurseröffnung entstandene Ausstände zurückgehe, entfalle aber ein Verschuldensvorwurf von vornherein.

6.3 Die Beschwerdeführer haben nach ihren eigenen Angaben den Zahlungsverkehr überwacht. Dabei durfte ihnen bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit nicht entgehen, dass die monatlich bezahlten Akonto-Beiträge viel zu tief waren. Die tatsächlich ausbezahlten Löhne betrugen bereits 1998 durchschnittlich fast das Doppelte und 1999 sogar fast das Sechsfache der im Fragebogen zur Abklärung der AHV-Beitragspflicht für juristische Personen vom 11. September 1998 angegebenen voraussichtlichen Lohnsumme von ca. Fr. 30'000.- im Monat. Dementsprechend wurde in der Pauschal-Lohnsummen-Anzeige der Ausgleichskasse vom 22. Oktober 1998 eine monatliche Beitragserhebung auf der Grundlage einer Jahres-Lohnsumme von Fr. 360'000.- festgehalten. Das Formular-Schreiben wurde dem Beschwerdeführer 1 zugestellt, wie er es im Fragebogen gewünscht hatte. Darin wurde u.a. darauf hingewiesen, voraussichtlich bedeutend niedrigere oder höhere Lohnsummen seien innert 10 Tagen mitzuteilen. Die Meldepflicht betraf jede einzelne monatliche Rechnungsperiode. Im Weitern wurde festgehalten, ohne Gegenbericht beruhten die periodischen Rechnungen auf der im Vorjahr abgerechneten Lohnsumme. Offensichtlich mangels einer solchen Meldung wurde die zu verabgabende Pauschal-Lohnsumme für 1999 unverändert bei Fr. 30'000.- belassen. Bereits im Rahmen der Überwachung des Zahlungsverkehrs hätten die Beschwerdeführer unschwer die beträchtliche Differenz zwischen abgerechneten und bezahlten sowie geschuldeten Beiträgen erkennen müssen. Sie wären zumindest verpflichtet gewesen, die T._____ auf diesen Umstand aufmerksam zu machen. Hiezu hätte um so mehr Anlass bestanden, als die Zuständigkeiten im Bereich Lohn- und AHV-Abrechnungswesen nicht klar geregelt waren. Im Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 16. September 1998 wurde festgehalten, die Lohnabrechnung, die AHV-Abrechnung etc. sollten in Zukunft von der T._____ erledigt werden. Die T._____ war die Revisionsstelle der konkursiten Firma. Gemäss vorinstanzlicher Klageantwort war die Firma S._____, eine Schwestergesellschaft der T._____, Buchhaltungs- und Lohnbuchhaltungsstelle sowie die Personaladministrationsstelle der Firma gewesen. Im Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 25. Februar 1999 wurde festgehalten, der Geschäftsführer weise bezüglich der Lohnabrechnungen darauf hin, diese würden von der T._____ erstellt, weshalb die Ordnungsmässigkeit gewährleistet sei. Aufgrund einer Häufung von Problemen im Personalbereich sah sich der Beschwerdeführer 2 Anfang Juni 1999 veranlasst, den Geschäftsführer auf geltende Vorschriften aufmerksam zu machen. In der seinem Schreiben vom 4. Juni 1999 beigelegten Aktennotiz hielt er u.a. fest, der Geschäftsführer sei für die Organisation des Personalwesens und der Sozialversicherungen und allen damit zusammenhängenden Fragen verantwortlich, soweit er diese Aufgaben nicht an Mitarbeiter, die T._____ oder Dritte weiterdelegiert habe. Dass trotz der offensichtlichen Diskrepanz zwischen verabgabter und effektiv ausbezahlter Lohnsumme und trotz der unklaren Zuständigkeiten im Bereich Personal, Löhne, AHV-Abrechnung die Beschwerdeführer sich nicht veranlasst sahen, die korrekte Erfüllung der Beitragsabrechnungs- und -zahlungspflicht durch die Firma genauer zu kontrollieren und zumindest bei der T._____ Erkundigungen einzuholen, stellt eine schwerwiegende Sorgfaltspflichtverletzung dar. Sich unter den gegebenen Umständen nachträglich auf die Zulässigkeit der Delegation des AHV-Abrechnungswesens auf eine renommierte Treuhandgesellschaft zu berufen, hiesse letztlich, die ausdrücklich auch in den Statuten vom 14. Juli 1998 festgeschriebene Oberaufsicht über diesen zweifellos wichtigen Geschäftsbereich zu verneinen. Ein Aktivwerden der Beschwerdeführer in ihrer Eigenschaft als einzige Verwaltungsräte wäre spätestens Anfang August 1999 zu erwarten gewesen, als erstmals die Liquidität sowie die laufende Finanzierung in Frage standen. Ihr passives Verhalten muss unter diesen Umständen als Verletzung elementarster Vorsichtsgebote gewertet werden. Damit braucht auf die Kritik in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht näher eingegangen zu werden, wonach die geltende Rechtsprechung den Begriff der Grobfahrlässigkeit zu Ungunsten der Arbeitgeberorgane zu weit fasse und dass in Bezug auf das Pflichtenheft eines Verwaltungsrates beitragsrechtlich nicht nach der Grösse und Struktur eines Unternehmens differenziert werden dürfe. Aufgrund des Gesagten ist schliesslich auch der Einwand nicht stichhaltig, nur während sehr kurzer Zeit und unmittelbar vor Konkurseröffnung seien

Beitragsausstände aufgetreten, weshalb eine Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates entfalle.

Dass das kantonale Gericht die Grobfahrlässigkeit im Sinne von alt Art. 52 AHVG bejaht hat, ist somit von Bundesrechts wegen nicht zu beanstanden. In diesem Zusammenhang kann von einer unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts nicht die Rede sein.
6.4 Zur Frage des Selbstverschuldens der Ausgleichskasse sowie zum adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem vorschriftswidrigen Verhalten der Beschwerdeführer und dem eingetretenen Schaden kann auf die auch insoweit überzeugenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden.
7.
Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Dem Prozessausgang entsprechend sind die Gerichtskosten den beiden Beschwerdeführern zu gleichen Teilen aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 und Abs. 7 OG in Verbindung mit Art. 135 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 12'000.- werden den Beschwerdeführern auferlegt und mit den geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Der Differenzbetrag von je Fr. 2000.- wird ihnen rückerstattet.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.
Luzern, 17. März 2005
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der IV. Kammer: Der Gerichtsschreiber: