[AZA]
H 113/99 Vr

I. Kammer

Präsident Lustenberger, Bundesrichter Schön, Borella, Meyer
und Ferrari; Gerichtsschreiberin Keel

Urteil vom 19. Mai 2000

in Sachen

C._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt
G._____,
gegen

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

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

A.- Gemäss Auszug aus dem Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. ... eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichts X._____ über die Firma Y._____ AG (vormals: Z._____ AG) am 12. April 1994 den Konkurs, welches Verfahren mit Verfügung vom 26. Juli 1994 mangels Aktiven eingestellt wurde. Der amtlich beglaubigte Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich vom 19. Januar 1995 weist, nebst S._____ sowie P._____ und B._____, C._____ als Mitglied des Verwaltungsrates ohne Zeichnungsberechtigung für die Zeit seit der Gründung der Firma (1978) bis zum 12. Oktober (Tagebuchdatum) und 25. Oktober (SHAB-Datum) 1993 aus. Die Ausgleichskasse des Kantons Zürich, welcher die Firma Y._____ AG (und schon die Vorgängerfirma) als abrechnungs- und beitragszahlungspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen gewesen war, kam im Konkurs mit den paritätischen Beiträgen auf der für die Zeit von Januar bis Oktober 1993 bescheinigten Lohnsumme von Fr. 198'500. -, ausmachend ein Beitragstotal mitsamt Nebenkosten von Fr. 29'263. 55, zu Verlust. In diesem Umfange forderte die Ausgleichskasse von P._____ und B._____, S._____ und C._____ solidarisch Schadenersatz (Verfügung vom 30. März 1995).

B.- Nachdem die vier Inpflichtgenommenen hiegegen Einspruch eingelegt hatten, erhob die Ausgleichskasse Klage an das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit dem Rechtsbegehren, es seien die vier Personen als Organe der Y._____ AG solidarisch haftend zur Zahlung von Schadenersatz im Betrag von Fr. 29'263. 55 zu verpflichten.
Das Sozialversicherungsgericht hiess die Klage im Umfange von Fr. 28'830. 50 gut; die Differenz zum eingeklagten Schadensbetrag ergibt sich aus einer Neuberechnung der geschuldeten, Teil des Schadens bildenden Verzugszinsen auf Fr. 1275. 25 statt Fr. 1708. 30 (Entscheid vom 25. Februar 1999).

C.- C._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen und beantragen, es sei der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 25. Februar 1999 aufzuheben und die Schadenersatzklage, soweit sie ihn betreffe, abzuweisen.
S._____ sowie P._____ und B._____ wurden als Mitinteressierte zum Verfahren beigeladen. Während ersterer sich nicht vernehmen lässt, verzichten letztere auf eine Stellungnahme, ebenso die Ausgleichskasse und das Bundesamt für Sozialversicherung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann insoweit nicht eingetreten werden, als der eingeklagten, vor-

instanzlich zugesprochenen Schadenersatzsumme Beiträge zu Grunde liegen, welcher die Familienausgleichskasse des Kantons Zürich verlustig gegangen ist (vgl. BGE 119 V 80 Erw. 1b, 118 V 69 Erw. 1b mit Hinweis). Von den vorinstanzlich zugesprochenen Fr. 28'830. 50 entfallen Fr. 2382. - auf verfallene FAK-Beiträge.

2.- Streitgegenstand ist die vorinstanzliche Gutheissung der Schadenersatzklage, soweit sie auf Bundesrecht beruht. Von den Haftungsvoraussetzungen des Art. 52 AHVG umstritten ist allein die Frage, ob der Beschwerdeführer 1993, auf welches Jahr sich die Schadenersatzforderung bezieht, formelle oder materielle Organstellung (BGE 123 V 15 Erw. 5b mit Hinweisen) innehatte.

3.- a) Das kantonale Gericht verwarf zunächst den im vorinstanzlichen Verfahren eingebrachten Einwand des C._____, wonach er bei der Gründung der Firma (1978) lediglich als "fiduziarisches Gründungsmitglied" fungiert habe. Daraufhin prüfte es, ob C._____ 1993 noch dem Verwaltungsrat angehört habe oder zufolge Ablaufs seiner Amtsdauer und Nichtwiederwahl aus diesem ausgeschieden sei oder aber ob er trotz der Beendigung des Verwaltungsratsmandates als subsidiär haftendes Organ den Verantwortlichkeitsbestimmungen unterstehe, weil der Handelsregistereintrag nicht gelöscht wurde. Unbestrittenermassen sei nie ein Rücktritt oder eine Abberufung des C._____ erfolgt. Ob sein Verwaltungsratsmandat zufolge Ablaufes der Amtszeit und seither nicht erfolgter Wiederwahl nach Massgabe der alten und neuen aktienrechtlichen Bestimmungen beendet wurde, liess das kantonale Gericht offen, "da so oder anders der Handelsregistereintrag unverändert" geblieben sei, welchem Umstand "entscheidende Bedeutung" zukomme. Zwar bestehe keine Pflicht eines ausscheidenden Verwaltungsrates, sich um die Änderung des Handelsregistereintrags zu kümmern (Berufung auf Adrian Plüss, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitglieds, Diss. Zürich 1990, S. 110 Fn
565); doch könnten sich, falls die Löschung unterbleibe, gutgläubige Dritte weiterhin auf die Vertretungsbefugnis gemäss Handelsregistereintrag verlassen. Da der Ausgeschiedene die Möglichkeit habe, die Löschung selbst zu bewirken, habe er gegenüber gutgläubigen Dritten die Konsequenzen seiner Unterlassung selbst zu tragen. Auf die Rechtsprechung, wonach ein Verschulden eines Organs längstens bis zum effektiven Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat anzunehmen sei (BGE 123 V 173 Erw. 3a, 112 V 5 f., 109 V 94 f.), könne sich C._____ nicht berufen. Im Vergleich zu den Fällen des Rücktritts und der Abberufung, wo die Rechtsprechung diejenigen Organe von der Haftung ausnehme, welche keinen massgeblichen Einfluss mehr auf den Geschäftsgang hatten (AHI-Praxis 1996 S. 293 Erw. 5), sei der vorliegende Fall anders gelagert: Einerseits stehe beim Ablauf der Amtsdauer im Gegensatz zum Rücktritt oder der Abberufung kein Wille des Organs oder der Generalversammlung im Vordergrund, diesen "massgeblichen Einfluss" nicht mehr auszuüben. Anderseits müsse sich die Klägerin das Ausscheiden des Beklagten aus dem Verwaltungsrat infolge Ablaufs der Amtsdauer als grundsätzlich eintragungspflichtige Änderung auf Grund der negativen Publizitätswirkung des
Handelsregistereintrags nicht entgegenhalten lassen. Die Umstände des Falles geböten es, das Vertrauen der Ausgleichskasse in die Richtigkeit des Handelsregistereintrags zu schützen. Insoweit C._____ durch sein Untätigbleiben und die damit verbundene Aufrechterhaltung des unrichtigen Handelsregistereintrags den Anschein erweckte, dass er dem Verwaltungsrat der früheren Z._____ AG und nachmaligen Firma Y._____ AG angehöre, müsse er die Konsequenzen seiner Unterlassung selber tragen. Es sei nicht einzusehen, wieso sich ein Verwaltungsrat mit dem Hinweis auf seine bloss fiduziarisch ausgeübte Stellung und sein anschliessendes Untätigbleiben jeglicher Verantwortung entziehen könnte. Der Schadenersatzanspruch der Ausgleichskasse sei nicht zuletzt darin begründet, dass die verantwortlichen Organe, wie sie sich aus dem Handelsregister ergeben, für die ordnungsgemässe Abwicklung des Beitragswesens sorgen würden. Insofern sei der Schadenersatzanspruch im Rahmen des Gutglaubensschutzes durchaus berechtigt.

b) Hiegegen lässt der Beschwerdeführer vortragen, er sei bis 1981 Arbeitnehmer der Y._____ AG gewesen. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses sei im Streit erfolgt. Rein faktisch habe er zumindest seit 1981 keinerlei Kenntnisse mehr über den Geschäftsgang der Firma, noch irgendwelche konkreten Einflussmöglichkeiten gehabt. Die einzige Verbindung zur Gesellschaft sei der ab 1981 weiterbestehende Handelsregistereintrag gewesen, der irrtümlicherweise nicht gelöscht worden sei. Die Haftung könne, entgegen der vorinstanzlichen Auffassung, nicht allein aus dem Gutglaubensschutz des Handelsregisters abgeleitet werden. Die Vorinstanz gehe damit von einem formellen Organbegriff aus und setze sich daher in Gegensatz zur Rechtsprechung zu Art. 52 AHVG und zur Doktrin (Berufung auf Thomas Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in: AJP 1996 S. 1075). Der Organbegriff sei bei der Auslegung von Art. 52 AHVG gleich zu

interpretieren wie bei Art. 754 OR. Als Organ im Sinne des massgeblichen materiellen Organbegriffs sei zu betrachten, wer faktisch in massgeblicher Weise an den Entscheidungen einer Gesellschaft mitwirke, unabhängig davon, ob diese Person im Handelsregister als Organ eingetragen sei oder nicht. Folglich
könne nicht mehr als Organ betrachtet werden, wer zwar noch - rein formell - im Handelsregister eingetragen sei, jedoch - materiell gesehen - nicht mehr Organstellung habe. Damit erlösche die Organstellung im Sinne der Ausführungen von Peter Widmer, Basler Kommentar, N 8 zu Art. 754 OR, von dem Moment an, da gesellschaftsintern die Möglichkeit entfalle, Entscheide der Gesellschaft zu beeinflussen, womit in der Regel auch die Verantwortlichkeit ende. Auch nach BGE 111 II 480 lasse sich die Haftung des Geschäftsführers nicht allein aus dem formellen Handelsregistereintrag herleiten. Die in diesem Bundesgerichtsurteil nicht ausgeschlossene Ausnahme (wenn ein Dritter auf die Eintragung eines Geschäftsführers der GmbH im Handelsregister vertraut und wegen dieses Eintrags die Bonität der Gesellschaft falsch einschätzt), sei im vorliegenden Fall in keiner Weise gegeben. Die klagende Ausgleichskasse habe ihre Beitragsverfügungen völlig unabhängig vom Handelsregistereintrag erlassen. Die Beitragsverfügungen stünden in direkter und alleiniger Abhängigkeit von der AHV-pflichtigen Lohnsumme und beruhten ausschliesslich auf gesetzlichen Vorschriften; ein Handlungsspielraum für die Ausgleichskasse bestehe in keiner Art und Weise. "Wer als
Verwaltungsrat im Handelsregister eingetragen ist, hat keinerlei Einfluss auf die Beitragsverfügung. Die Frage des Gutglaubensschutzes von Dritten stellt sich von vornherein nicht, (...)".

4.- a) Nach ständiger Rechtsprechung zu Art. 52 AHVG (BGE 123 V 173 Erw. 3a, 112 V 4 Erw. 3c, 109 V 93 Erw. 13; vgl. auch Thomas Nussbaumer, a.a.O., S. 1081) dauert die Verantwortlichkeit eines Verwaltungsrates in der Regel bis zum Moment seines tatsächlichen Austritts aus dem Verwaltungsrat, und nicht bis zum Zeitpunkt der Löschung seiner Funktion im Handelsregister. Das gilt jedenfalls in denjenigen Fällen, in denen die Betroffenen, nach ihrer Demission, keinen Einfluss mehr auf den Gang der Geschäfte und keine Entschädigung für ihre Verwaltungsratsstellung erhalten haben. Mit anderen Worten kann ein Verwaltungsrat nur für Schaden haftbar erklärt werden, der auf die Nichtbezahlung von Beiträgen zurückzuführen ist, welche im Zeitpunkt seines effektiven Austrittes entstanden und fällig waren. Vorbehalten bleibt der Fall, in dem der Schaden durch Handlungen verursacht worden ist, deren Wirkungen sich jedoch erst nach seinem Rücktritt als Verwaltungsrat entfaltet haben.
b) Mit Blick auf die öffentlichrechtliche Natur und die Funktion der Haftung nach Art. 52 AHVG, welche darin liegen, dass Arbeitgeber und Organe ihren AHV-rechtlichen Pflichten (Art. 51 AHVG) nachkommen sollen und im Falle ihrer Verletzung für den dadurch angerichteten Schaden Ersatz zu leisten haben, rechtfertigt es sich, diese Rechtsprechung auch auf diejenigen Konstellationen anzuwenden, in denen das Verwaltungsratsmandat nicht wegen Rücktritts oder Abberufung beendet wird, sondern zufolge fehlender Wiederwahl nach Ablauf der gesetzlichen oder statutarischen Amtsdauer, wenn besondere Verhältnisse im Einzelfall vermuten lassen, dass eine Wiederwahl nicht stattgefunden hätte. Denn diesen beiden Sachverhalten ist gemeinsam, dass die Funktion des Verwaltungsrates in der Firma tatsächlich nicht mehr ausgeübt wird, welcher Umstand für ihre Gleichbehandlung spricht (zur Bedeutung der Rechtsgleichheit im Rahmen der materiellen Gesetzesauslegung vgl. BGE 119 V 130 Erw. 5b). Dass die Verhältnisse bei stillschweigendem Auslaufen und Nichterneuerung des Verwaltungsratsmandates nach Ablauf der Amtsdauer nicht so klar zu Tage treten wie bei den sich in entsprechenden Erklärungen, Protokollen usw. niederschlagenden Akten des Rücktritts und
der Abberufung, stellt keinen Grund für eine materiellrechtlich ungleiche Behandlung dar. Vielmehr ist in der ersten Fallgruppe in beweismässiger Hinsicht zu verlangen, dass die fehlenden Bindungen, also die vollständige Loslösung des früheren Organs von der Firma, klar ausgewiesen sind.

c) Indessen stellt sich die vom Eidgenössischen Versicherungsgericht bereits im nicht veröffentlichten Urteil G. vom 19. September 1997, H 304/96, aufgeworfene und schliesslich offen gelassene Frage, ob der ausscheidende Verwaltungsrat - im Hinblick auf den Schutz des guten Glaubens Dritter - für die Folgen seiner Unterlassung, die Löschung der Verwaltungsratsstellung beim Handelsregisterführer anzumelden (Art. 25a HRegV), einzustehen habe. Aus den im Urteil G. angestellten Überlegungen ist dies, entgegen der von der Vorinstanz vertretenen Auffassung, zu verneinen: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG beruht auf der gesetzlichen Pflicht, für die Bezahlung der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge zu sorgen. Damit unterscheidet sich die Situation der Ausgleichskasse wesentlich von derjenigen eines privaten Gläubigers, der u.a. auf der Grundlage der handelsregisterlich ausgewiesenen Besetzung des Verwaltungsrates die Bonität der

Gesellschaft einschätzt und sich gestützt darauf entschliesst, ob er mit ihr Geschäfte eingeht.

5.- Nach dem Gesagten vermag die Ausgleichskasse aus dem einzigen Umstand, dass der Beschwerdeführer bis Oktober 1993 im Handelsregister als Verwaltungsrat der Y._____ AG eingetragen blieb, nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.
Da zudem weder Anhaltspunkte bestehen noch geltend gemacht wird, dass der Beschwerdeführer nach der faktischen Beendigung des Verwaltungsratsmandates im Zusammenhang mit dem 1981 aufgelösten Arbeitsverhältnis seither noch irgend eine Beziehung zur Firma aufrechterhalten hätte, welche für seine Organeigenschaft sprechen würde, hat die Vorinstanz seine Haftung für den eingetretenen Schaden zu Unrecht bejaht.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I.In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, soweit darauf einzutreten ist, wird der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 25. Februar 1999, soweit den Beschwerdeführer betreffend, aufgehoben und die gegen ihn gerichtete Schadenersatzklage der Ausgleichskasse des Kantons Zürich im bundesrechtlichen Umfange abgewiesen.

II.Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 2500. - werden der Ausgleichskasse des Kantons Zürich auferlegt.

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

IV.Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich wird über eine Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses zu befinden haben.

V.Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, dem Bundesamt für Sozialversicherung, P._____, B._____ und S._____ zugestellt.

Luzern, 19. Mai 2000

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der I. Kammer:

Die Gerichtsschreiberin: