[AZA]
H 297/99 Ge

I. Kammer

Präsident Lustenberger, Bundesrichter Schön, Spira, Meyer
und Ferrari; Gerichtsschreiber Grünvogel

Urteil vom 29. Mai 2000

in Sachen

Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen, Brauerstrasse 54,
St. Gallen, Beschwerdeführerin,

gegen

S._____, Beschwerdegegner,

und

Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen, St. Gallen

A.- S._____ ist gemäss Handelsregisterauszug vom
15. Juli 1997 seit Eintragung der Firma H._____ GmbH
(nachfolgend: GmbH) einzelzeichnungsberechtigter
Gesellschafter. Als alleiniger Geschäftsführer ist der mit
95 % am Stammkapital beteiligte zweite Gesellschafter
B._____ im Handelsregister eingetragen. Die Statuten der
GmbH vom 29. Juni 1994 sehen eine jährlich von der
Gesellschafterversammlung zu wählende (externe) Kontrollstelle vor. Eine spezielle Bestimmung, welche die
nicht geschäftsführenden Gesellschafter ausdrücklich zur
Kontrolle und/oder Überwachung des Geschäftsganges der GmbH
verpflichtet, findet sich in diesem Regelwerk nicht.
Nachdem die Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen die
GmbH für ausstehende AHV/IV/EO/ALV-Beiträge der Jahre 1995
und 1996 auf dem betreibungsrechtlichen Wege belangt hatte,
stellte diese ihre Geschäftstätigkeit per 1. Juli 1997 ein.
Die Kasse erhielt zwei definitive Pfändungsverlustscheine
(vom 8. Juli 1997); eine weitere Betreibung setzte sie aus.
Für die aufgelaufenen Ausstände der GmbH in der Höhe von
Fr. 8'001.- erklärte die Kasse die beiden Gesellschafter
solidarisch haftbar und forderte sie mit Verfügungen vom
13. Oktober 1997 zur Leistung von Schadenersatz auf.

B.- Auf Einspruch der Belangten hin klagte die Ausgleichskasse auf Bezahlung des erwähnten Betrages. Mit Entscheid vom 19. August 1999 wies das Versicherungsgericht
des Kantons St. Gallen die Klage, soweit S._____ betreffend, ab. Weiter sprach es diesem eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 650.- zu.

C.- Die Kasse erhebt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag, der kantonale Entscheid sei aufzuheben und S._____ sei zu verpflichten, ihr Fr. 8'001.- zu bezahlen; eventuell sei der kantonale Entscheid insoweit aufzuheben, als er die Parteientschädigung umfasse. Gleichzeitig legt die Kasse neue Dokumente ins Recht.
S._____ schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Während der als Mitinteressierter beigeladene B._____ das Rechtsbegehren des S._____ unterstützt, hat sich das Bundesamt für Sozialversicherung nicht vernehmen lassen. Die Vorinstanz nimmt zur Frage der Parteientschädigung Stellung, ohne einen Antrag zu formulieren.
Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- a) 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).

b) Im Rahmen von Art. 105 Abs. 2 OG ist die Möglichkeit, im Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht neue tatsächliche Behauptungen aufzustellen oder neue Beweismittel geltend zu machen, weitgehend eingeschränkt. Nach der Rechtsprechung sind nur jene neuen Beweismittel zulässig, welche die Vorinstanz von Amtes wegen hätte erheben müssen und deren Nichterheben eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften darstellt (BGE 121 II 99 Erw. 1c, 120 V 485 Erw. 1b, je mit Hinweisen).
Zwar ist der Verwaltungsprozess vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht, wonach Verwaltung und Gericht von sich aus für die richtige und vollständige Abklärung des Sachverhalts zu sorgen haben; doch entbindet das den Rechtsuchenden nicht davon, selber die Beanstandungen vorzubringen, die er anzubringen hat (Rügepflicht), und seinerseits zur Feststellung des Sachverhalts beizutragen (Mitwirkungspflicht). Unzulässig und mit der weit gehenden Bindung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts an die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung gemäss Art. 105 Abs. 2 OG unvereinbar ist es darum, neue tatsächliche Behauptungen und neue Beweismittel erst im letztinstanzlichen Verfahren vorzubringen, obwohl sie schon im kantonalen Beschwerdeverfahren hätten geltend gemacht werden können und - in Beachtung der Mitwirkungspflicht - hätten geltend gemacht werden müssen. Solche (verspätete) Vorbringen sind nicht geeignet, die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz als mangelhaft im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG er-

scheinen zu lassen (BGE 121 II 100 Erw. 1c; AHI 1994 S. 211 Erw. 2b mit Hinweisen).

2.- a) Wie die Vorinstanz darlegt, besteht die wesentliche Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG darin, dass der Arbeitgeber absichtlich oder grobfahrlässig Vorschriften verletzt hat und dass durch diese Missachtung ein Schaden verursacht worden ist. Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, so können subsidiär gegebenenfalls die verantwortlichen Organe in Anspruch genommen werden (statt vieler: BGE 123 V 15 Erw. 5b mit Hinweisen).

b) Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV schreibt vor, dass der Arbeitgeber bei jeder Lohnzahlung die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen und zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen der Ausgleichskasse zu entrichten hat. Die Arbeitgeber haben den Ausgleichskassen periodisch Abrechnungsunterlagen über die von ihnen an ihre Arbeitnehmer ausbezahlten Löhne zuzustellen, damit die entsprechenden paritätischen Beiträge ermittelt und verfügt werden können. Dies gilt nicht nur für Versicherungsbeiträge der AHV, sondern auch der IV (Art. 1 IVV), der EO (Art. 24 EOV) und der ALV (Art. 6 AVIG).
Die Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers ist eine gesetzlich vorgeschriebene öffentlich-rechtliche Aufgabe. Dazu hat das Eidgenössische Versicherungsgericht wiederholt erklärt, dass die Nichterfüllung dieser Pflicht eine Missachtung von Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG bedeute und die volle Schadendeckung nach sich ziehe (BGE 118 V 195 Erw. 2a, 111 V 173 Erw. 2).
Art. 52 AHVG und die dazu ergangene Rechtsprechung finden sinngemäss auch bei IV- (Art. 66 Abs. 1 IVG), EO- (Art. 21 Abs. 2 EOG) und ALV-Beiträgen (Art. 88 Abs. 2 AVIG; BGE 113 V 186) Anwendung.

3.- Die Vorinstanz hat in sachverhaltsmässiger Hinsicht verbindlich (Erw. 1a) festgestellt, dass die Firma für die Jahre 1995 und 1996 die paritätischen Sozialversicherungsbeiträge nicht vollständig abgeliefert hat. Damit verstiess sie gegen die Beitragszahlungspflichten (Art. 14 Abs. 1 AHVG) und missachtete dadurch Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG. Nachdem die Firma ihre Geschäftstätigkeit per 1. Juli 1997 eingestellt hat und danach fruchtlos gepfändet worden ist, gilt der Betrag von Fr. 8001.- als bei der Firma uneinbringlich (vgl. BGE 113 V 258 Erw. 3c; ZAK 1988 S. 299 Erw. 3b).
Fraglich ist, ob das Verschulden der Arbeitgeberin dem Beschwerdegegner zugerechnet werden kann.

4.- Im Falle einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung begründet die Stellung eines blossen Gesellschafters - wie vom kantonalen Gericht dargetan - für sich al-

leine keine Kontroll- oder Überwachungspflichten. Dies ergibt sich aus Art. 819 Abs. 1 OR, der für von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter lediglich ein Einsichtsrecht vorsieht (vgl. Janggen/Becker, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch [Berner Kommentar; Band VII, Teil 3], Bern 1939, N 28 zu Art. 819 OR; Pedroja/Watter, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht [Basler Kommentar, Obligationenrecht II], Basel/Frankfurt a.M. 1994, N 1 und N 7 zu Art. 819 OR; Lukas Handschin, Die GmbH, Zürich 1996, § 19 N 7; Herbert Wohlmann, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Schweizerisches Privat- recht, Band VIII/2, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 427 f. und S. 430; derselbe, GmbH-Recht, Basel/Frankfurt a.M. 1997, S. 119 und S. 124). Hätte der Gesetzgeber darüber
hinaus die blossen Gesellschafter zur Kontrolle der Geschäftsführung verpflichten wollen, hätte dies unzweifelhaft im Gesetz einen Niederschlag gefunden, was indessen nicht der Fall ist. Folgerichtig sieht Art. 827 OR bezüglich der auf Pflichtverletzungen beruhenden Verantwortlichkeit nur für bei der Gesellschaftsgründung beteiligte und mit der Geschäftsführung und der Kontrolle betraute Personen sowie die Liquidatoren eine Normierung vor. Auch wenn die gesetzliche Lösung als wenig geglückt bezeichnet wird, weil die Kontrollstelle nicht nur im Interesse der Anteilsinhaber, sondern auch im Interesse der Gläubiger und des Rechtsverkehrs agiert (Pedroja/Watter, a.a.O.; Wohlmann, a.a.O.), liegt darin kein triftiger Grund, der ein Abweichen von der vom Gesetzgeber getroffenen Regelung rechtfertigen würde (vgl. BGE 125 II 196 Erw. 3a, 244 Erw. 5a, 125 V 130 Erw. 5, je mit Hinweisen). Soweit die Kasse in diesem Zusammenhang aus Art. 814 Abs. 1 OR etwas anderes ableiten will, ist dies nicht nachvollziehbar, wird in dieser Bestimmung doch einzig die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer näher umschrieben. Wenn daher ein nicht geschäftsführender Gesellschafter die Einhaltung der sozialversicherungsrechtlichen Abrechnungs- und Beitragszahlungspflichten (Art. 14 Abs. 1 AHVG; Art. 34 ff. AHVV) durch die Firma nicht überprüft, kann er für den von der Kasse wegen der Beitragsausfälle erlittenen Schaden auch nicht haftbar gemacht werden. Ist er indessen statutarisch zur Kontrolle oder Überwachung der Geschäftsführertätigkeit verpflichtet, was nicht mit der Einsetzung einer (externen) Revisionsstelle nach Art. 819 Abs. 2 OR zu verwechseln ist, kann er wegen unterlassener oder unzureichender Kontrolle genauso in die Pflicht genommen werden, wie wenn er in Kenntnis mangelhafter Geschäftsführung keine Vorkehren trifft (in diesem Sinne nicht veröffentlichtes Urteil A. vom 17. Dezember 1999, H 136/99). Hat er innerhalb der GmbH gar eine Stellung inne, die einem Geschäftsführer entspricht, ist er weiter gehenden Pflichten unterworfen (Näheres hiezu: Rolf Watter, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht [Basler Kommentar, Obligationenrecht II],

Basel/Frankfurt a.M. 1994, N 16 zu Art. 811 OR mit Hinweis auf N 3 ff. zu Art. 717 OR; Werner von Steiger, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch [Zürcher Kommentar, Band V, Teil 5c], Zürich 1965, N 33 zu Art. 811 OR; Handschin, a.a.O., § 19 N 40 ff.; Wohlmann, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, a.a.O., S. 419 ff.; derselbe, GmbH-Recht, S. 112 f.), deren Verletzung ebenfalls eine Verantwortlichkeitsklage nach sich ziehen kann (Art. 827 in Verbindung mit Art. 754 OR). Als mit der Geschäftsführung befasst gelten nicht nur Personen, die ausdrücklich als Geschäftsführer ernannt worden sind (sog. formelle Organe); dazu gehören auch Personen, die faktisch die Funktion eines Geschäftsführers ausüben, indem sie etwa diesem vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend beeinflussen (materielle oder faktische Organe; BGE 117 II 441 Erw. 2, 571 Erw. 3, 114 V 78, 213). Darunter fallen typischerweise Personen, die kraft ihrer Stellung (z.B. Mehrheitsgesellschafter) dem formell eingesetzten Geschäftsführer Weisungen über die Geschäftsführung erteilen.

5.- a) Da sich in den Statuten der GmbH keine Bestimmung findet, welche die nicht geschäftsführenden Gesellschafter zur Kontrolle und/oder Überwachung des Geschäftsganges der GmbH verpflichten, und der Beschwerdegegner formell von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, könnte er nach Gesagtem nur dann in die Pflicht genommen werden, wenn er innerhalb der GmbH eine Stellung innegehalten hat, die einem Geschäftsführer entspricht.

b) Dies durfte die Vorinstanz auf Grund der Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und der eingereichten Beweismittel ohne weiteres verneinen. Der geringe Anteil des Beschwerdegegners am Stammkapital der Firma (5 %) sowie der Umstand, dass er im Unterschied zum tatsächlich für die GmbH arbeitenden Mehrheitsteilhaber formell von der Geschäftsführung ausgeschlossen war, sprechen klar gegen die Annahme einer Organstellung. Es kommt hinzu, dass auf der Lohnliste der GmbH einzig B._____ und dessen Ehegattin zu finden sind. Weiter begründete die Kasse ihre Klage mit der formellen Stellung des Beschwerdegegners als einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter, ohne konkrete Anhaltspunkte zu nennen, die auf eine materielle Organstellung hingedeutet hätten. Gegenteils warf sie in der Klageschrift die ihr bekannte Aussage der beiden Gesellschafter vom 4. August 1997 nicht auf, wonach der Beschwerdegegner faktisch keinerlei Einfluss auf die Bezahlung oder Nicht-Bezahlung von Rechnungen gehabt habe. Auch nachdem der Beschwerdegegner in der Klageantwort vom 18. Dezember 1997 dargelegt hatte, nie mit der Geschäftsführung beauftragt worden zu sein, verzichtete die Kasse in der Duplik

auf eine Entgegnung. Da endlich selbst die Besorgung von Büroarbeiten die Annahme einer Organstellung nicht zu rechtfertigen vermag, weil sie sich in Handlungen erschöpft, welche die Willensbildung der Gesellschaft nicht im Sinne von Lehre und Rechtsprechung massgebend beeinflussen (BGE 114 V 219 Erw. 5), bot allein der Umstand, dass der Beschwerdegegner für die GmbH am 19. Juli 1994 den Fragebogen "zur Abklärung der Beitragspflicht AHV/IV/EO/ALV für juristische Personen" ausgefüllt sowie die Jahresabrechnungen 1995 und 1996 unterzeichnet hatte, keinen Anlass für weitere Abklärungen in Richtung materieller Organstellung. Der Vorinstanz kann unter diesen Umständen keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (BGE 117 V 283 Erw. 4a in fine, 110 V 52 f. mit Hinweisen; AHI 1994 S. 212 Erw. 4a) vorgeworfen werden. Es hätte an der Kasse gelegen, in Beachtung ihrer Mitwirkungspflicht die Frage der materiellen Organstellung aufzugreifen und entsprechende Beweismittel beizubringen. Soweit sie dieses Versäumnis letztinstanzlich nachholen will, ist dies verspätet (Erw. 1b).

6.- Es bleibt zu prüfen, ob das kantonale Gericht dem obsiegenden Beschwerdegegner eine Parteientschädigung zusprechen durfte, was von der Kasse bestritten wird.
In sachverhaltsmässiger Hinsicht ging die Vorinstanz davon aus, es habe ein Vertretungsverhältnis vorgelegen, was indessen offenkundig unrichtig (vgl. Erw. 1a hievor) ist: Der Versicherte hat die gemeinsam mit einer in gleicher Angelegenheit von der Kasse eingeklagten Person abgefasste Klageantwort eigenhändig unterzeichnet. Einer in eigener Sache prozessierenden Partei steht nun aber - anders als einer vertretenen - selbst bei Obsiegen nur ausnahmsweise eine Entschädigung für Arbeitsaufwand und Umtriebe zu. Erforderlich ist unter anderem, dass die Interessenwahrung einen derart hohen Arbeitsaufwand notwendig macht, dass die normale (z.B. erwerbliche) Betätigung während einiger Zeit erheblich beeinträchtigt ist (BGE 110 V 135 Erw. 4d), wovon vorliegend indessen keine Rede sein kann. Somit ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kostenpunkt begründet.

7.- Da es nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen geht, ist das Verfahren kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Dem Prozessausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner im Verhältnis neun zu eins aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG).
Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. In teilweiser Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird Dispositiv-Ziffer 3 des Entscheids des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom

19. August 1999 aufgehoben. Im Übrigen wird die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abgewiesen.

II. Von den Gerichtskosten von insgesamt Fr. 1000.- werden der Beschwerdeführerin Fr. 900.- und dem Beschwerdegegner Fr. 100.- auferlegt. Der Anteil der Beschwerdeführerin ist durch den geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1000.- gedeckt; der Differenzbetrag von Fr. 100.- wird zurückerstattet.

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

Luzern, 29. Mai 2000

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

Der Gerichtsschreiber: