

Auch die Klage der Ausgleichskasse gegen den Verwaltungsratspräsidenten A. wurde vom Verwaltungsgericht in derselben Sache und in demselben Umfang wie die vorliegende gutgeheissen. Die Beklagte haftet solidarisch mit A. (Art. 147 OR).

VGer 18.3.1998

Eine gegen dieses Urteil erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist vom Eidg. Versicherungsgericht am 4. Dezember 1998 abgewiesen worden.

2177

Haftung des Arbeitgebers nach Art. 52 AHVG. Haftung eines Handlangers, der sich als "passives" Mitglied in den Verwaltungsrat einer Akkordgruppe aufnehmen lässt. Folgen einer ungenügenden Demissionserklärung.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 52 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.1) hat der Arbeitgeber der Ausgleichskasse den Schaden zu ersetzen, den er durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften verschuldet hat. Diese öffentlich-rechtliche Verschuldenshaftung erstreckt sich nach der Gerichtspraxis subsidiär auch auf die für eine juristische Person handelnden Organe (BGE 118 V 195), wobei die Schadenersatzpflicht sich nicht nur auf die formellen Organe beschränkt, sondern auch auf Personen erstreckt, die formell nicht Organe sind, materiell aber wie solche handeln (BGE 114 V 213). Massgeblich für die Beurteilung der Organstellung von Personen, die nicht Verwaltungsräte sind, ist, ob sie tatsächlich die Funktion von Organen erfüllen, indem sie den Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen (BGE 114 V 218).

a) Der Beklagte 1 war seit der Gründung bis am 24. September 1993 im Handelsregister eingetragener Präsident des zweiköpfigen Verwaltungsrates (VR) sowie einziges Mitglied mit Einzelunterschrift. Für die Zeit nach seiner Demission als formelles Organ hat er an Schranken erklärt, er sei auch danach noch bei der Gesellschaft angestellt gewesen und sei Geschäftsführer geblieben. Er sei nur deshalb aus dem VR ausgetreten, weil im Winter wenig zu tun war und er als VR-Präsident keine Kurzarbeitsentschädigung erhalten hätte. Unter diesen Umständen ist erstellt, dass der Beklagte 1 nach der Aufgabe seiner formellen ab dem 24. September 1993 materielle Organstellung innegehabt hat.

b) Die Beklagte 2 ist am 24. September 1993 an Stelle des Beklagten 1 in den zweiköpfigen Verwaltungsrat eingetreten, und wurde ebenfalls Präsidentin und einziges Mitglied mit Einzelunterschrift; die Akten und ihre Befragung haben ergeben, dass sie sich mit den Büro- und Beitragsangelegenheiten befasst hat. Ihre Organstellung ist damit ab dem 24.9.1993 ausgewiesen.

c) Der Beklagte 3 war seit der Gründung ununterbrochen Mitglied des zweiköpfigen Verwaltungsrates und zwar mit Kollektivunterschrift zu zweien. Der Beklagte 3 behauptet zwar, er sei bereits im September 1992 wieder ausgetreten und habe seither keinerlei Einfluss auf die Geschäftsführung mehr nehmen können. Er gestand jedoch wiederholt ein, dass eine Löschung seiner Mitgliedschaft im Verwaltungsrat nicht erfolgt sei und dass er Mitte September 1993 dem Ausscheiden des Beklagten 1 und der Neuregelung der Unterschriftsberechtigung durch Unterzeichnung vorbereiteter Protokolle zugestimmt habe. Seine Befragung an Schranken hat ergeben, dass er bis September 1992 Aufträge hereingeholt und als Handlanger mitgearbeitet hat. Danach sei er ausgetreten und auf seinen angestammten Beruf zurückgekehrt. Er habe vergessen, sich im Handelsregister löschen zu lassen; er wisse nicht, wo etwas zu seinem Austritt aus dem Verwaltungsrat stehe. Es bestehe auch kein schriftlicher Arbeitsvertrag und er habe formell auch nicht gekündigt. Auf die Frage, weshalb der Beklagte 3 nach seinem Austritt im Handelsregister nicht gelöscht worden sei, führte die Beklagte 2 aus, dieser sei zwar Ende August 1992 ausgetreten, um auf seinem Beruf weiterzuarbeiten. Auf ihre ausdrückliche Anfrage hin sei dieser jedoch nicht aus dem Verwaltungsrat

ausgetreten, weil er später, nach ca. einem Jahr, wieder habe eintreten wollen. Diese Darstellung durch die Beteiligten lässt zusammen mit den Akten darauf schliessen, dass der Beklagte 3 zwar per September 1992 als Handlanger und insofern Arbeitnehmer aus der Firma ausgetreten ist. Hingegen hat der Beklagte 3 seine Mitgliedschaft im Verwaltungsrat formell und materiell nie aufgegeben. Der Beklagte 3 kann keine Demissionserklärung vorlegen, welche nach der Rechtsprechung (vgl. BGE 112 V 4 ff.) die fehlende Löschung im Handelsregister allenfalls überspielen und auf eine sofortige Beendigung seines Amtes als Verwaltungsrat schliessen liesse. Der behaupteten Demission als Verwaltungsrat steht auch der Umstand entgegen, dass der Beklagte 3 den Austritt des Beklagten 1 genehmigte. Die Organstellung des Beklagten 3 ist mithin ab der Gründung bis zum Konkurs zu bejahen.

Im folgenden waren für die Zeit der Organstellung der drei Beklagten die Haftungsvoraussetzungen, nämlich die Widerrechtlichkeit, das Verschulden, der Kausalzusammenhang und der Schaden im einzelnen zu prüfen.

4. (Verschulden)

b) Beim Verschulden der Verwaltungsräte ist nach der Rechtsprechung ein um so strengerer Sorgfaltsmassstab anzulegen, je kleiner und übersichtlicher eine Aktiengesellschaft ist. Bei mehreren Verwaltungsräten, von denen einer die Geschäftsführung besorgt, handeln die anderen schuldhaft, wenn sie die nach den Umständen gebotene Aufsicht nicht ausüben. Bei zwei Mitgliedern beurteilen sich die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle nach einem strengen Massstab (*Nussbaumer*, a.a.O., 1078 mit Hinweisen). Bei der A und B AG bestand über die ganze Zeit ein bloss zweiköpfiger Verwaltungsrat, wobei die Geschäftsführung entweder in den Händen des Beklagten 1 oder ab dem 24.9.1993 in den Händen der Beklagten 2 lag.

aa) Der Beklagte 1 war bis am 24. 9.1993 formelles und danach materielles Organ der A und B AG, da er unverändert mit der Geschäftsführung betraut war. Als geschäftsführendes Organ war er gehalten, seine Büroarbeiten erledigende Ehefrau hinsichtlich der AHV-Beitragspflicht zu beaufsichtigen und er musste diese mit den nötigen Arbeitszeit- und Gehaltsangaben der mit ihm tätigen Akkordmaurer bedienen. Als Geschäftsführer hatte er vor und nach seinem

formellen Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat unmittelbar Kenntnis vom anhaltend ungenügenden Arbeitsvolumen, so dass er 1993 nicht an der völlig überproportionalen Lohnsumme von Fr. 100'000.-- teilhaben konnte, ohne sich vernünftigerweise die Frage zu stellen, ob neben den offenen auch die darauf geschuldeten AHV-Beiträge korrekt abgeliefert wurden. Soweit er als Verwaltungsrat bzw. Geschäftsführer nicht ohnehin Kenntnis von den Zahlungsausständen bei der Ausgleichskasse hatte, hätte er seine mit den Büroarbeiten beauftragte Ehefrau dazu befragen können und müssen. Das Verhalten des Beklagten 1 ist unter den gegebenen Umständen vor und nach seinem formellen Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat als grobfahrlässig zu bezeichnen, was die Pflicht zur vollen Schadensdeckung nach sich zieht.

bb) Die Beklagte 2 war ab dem 24.9.1993 Mitglied und Präsidentin des Verwaltungsrates und erledigte schon vorher die Büro- und Beitragsangelegenheiten der Gesellschaft. Sie unterzeichnete 1993 die wiederholt mit ungenügendem Arbeitsvolumen begründeten Gesuche um Zahlungsaufschub. Sie war aber nicht nur über die Zahlungsausstände bestens im Bild, sondern sie war an den per 1993 überproportionalen Lohnbezügen auch selber mitbeteiligt. Ihr Verschulden wiegt besonders schwer, denn sie hätte ab ihrem Eintritt in den Verwaltungsrat die überproportionalen Lohnbezüge sofort einstellen und damit den streitigen Schaden wesentlich verringern können und müssen. Ihr Verhalten seit Eintritt in den Verwaltungsrat ist unter den gegebenen Umständen zumindest als grobfahrlässig zu qualifizieren, was die Pflicht zur Schadensdeckung ab dem 24.9.1993 nach sich zieht.

cc) Der Beklagte 3 war über die ganze Zeit nicht geschäftsführendes VR-Mitglied. Ihm oblag somit während der gesamten Geschäftstätigkeit der A und B AG eine erhöhte Aufsichtspflicht über den jeweiligen geschäftsführenden zweiten Verwaltungsrat. Dazu hätte gehört, dass er die mit der Geschäftsführung beauftragte Person überwacht und sich periodisch über den Geschäftsgang und über wichtige Geschäfte auch ausserhalb seines Ressorts informieren lässt. Dazu hätte ferner gehört, dass er Rapporte verlangt und sorgfältig studiert, dass er nötigenfalls ergänzende Auskünfte verlangt und dass er bei Unregelmässigkeiten eingeschritten wäre. All dies hat der

Beklagte 3 zumindest in grobfahrlässiger Weise unterlassen, wenn er dartut, er habe seit September 1992 hinsichtlich der A und B AG nichts mehr unternommen und lediglich im September 1993 dem Austritt der Beklagten 1 und der neuen Unterschriftenregelung zugestimmt. Die Klägerin sieht daher zu Recht gerade in dieser völligen Untätigkeit des Beklagten 3 ein relevantes Verschulden, zumal die Haftung insbesondere auch durch pflichtwidriges Unterlassen begründet wird (vgl. BGE 112 V 152). Durch sein passives Verhalten hat der Beklagte 3 seine Pflichten als einer von zwei Verwaltungsräten grobfahrlässig verletzt, was die Pflicht zur vollen Schadensdeckung für die ganze Zeit seiner Verwaltungsratsstätigkeit nach sich zieht. Dass der Beklagte 3 von seinen Pflichten nichts gewusst haben will, ändert auch gegebenenfalls nichts. Wer sich ohne entsprechende Kenntnisse als Verwaltungsrat zur Verfügung stellte, trifft ein Übernahmeverschulden, weshalb sich auch der Strohmann einer Haftung nicht entziehen kann (vgl. *Nussbaumer, a.a.O., S. 1077, Fn. 85*).

VGer 21.10.1998

2178

AHV-Beitragsrecht. Abgrenzung zwischen beitragspflichtigem Lohn und Dividendenzahlungen an den Geschäftsführer.

Als massgebender Lohn gilt gemäss Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit. Zum massgebenden Lohn gehören begrifflich sämtliche Bezüge des Arbeitnehmers, die wirtschaftlich mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen (BGE 107 V 199; ZAK 1982, S. 217).

1. Streitig ist, ob und inwieweit die Abgrenzung zwischen Lohn und Dividenden, wie sie bei der Festsetzung der direkten Bundessteuer vorgenommen wurde, für die Ausgleichskasse verbindlich ist. Gemäss Art. 23 Abs. 1 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101) stützen sich die Ausgleichskassen in