

1. Kammer als Versicherungsgericht

URTEIL

vom 17. März 2006

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

betreffend Schadenersatz nach AHVG

1. ... und ... waren einzige Gesellschafter (Kollektivunterschrift zu zweien) der Kollektivgesellschaft ... in ..., welche am 22. Juli 1968 ins Handelsregister des Kantons Graubünden eingetragen wurde. Die AHV-Ausgleichskasse des Kantons Graubünden, welcher die Kollektivgesellschaft angeschlossen ist, leitete wegen rückständiger Beitragsschulden zahlreiche Beteiligungen gegen die Gesellschaft ein. Mit Entscheid vom 3. August 1999 gewährte der Bezirksgerichtsausschuss ... der Kollektivgesellschaft eine Nachlassstundung für die Dauer von sechs Monaten, welche er am 21. Januar 2000 um drei Monate bis am 5. Mai 2000 verlängerte. Am 8. September 1999 meldete die Ausgleichskasse bei der Sachwalterin eine Forderung für ausstehende Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von Fr. 201'586.75 an. Mit Eingabe vom 10. November 1999 reduzierte die Ausgleichskasse ihre Forderung auf Fr. 128'845.50. Diese Forderung anerkannte die Sachwalterin, wies hingegen eine von der Ausgleichskasse am 23. März 2000 auf den Betrag von Fr. 133'811.50 angebrachte Korrektur als verspätet eingegeben zurück und berücksichtigte sie im Rahmen des Nachlassverfahrens nicht mehr. Während der Dauer des Nachlassverfahrens führte die Kollektivgesellschaft ihren Betrieb fort. Mit Entscheid vom 2. Mai 2000 bewilligte der Bezirksgerichtsausschuss ... den von der Kollektivgesellschaft den Gläubigern vorgeschlagenen und von diesen mit einer Mehrheit, welche über den vom Gesetz geforderten Zustimmungsquoren lag, angenommenen Nachlassvertrag. Gestützt darauf wurde an alle Drittklassgläubiger die vereinbarte Dividende von 32% ausbezahlt. Mit Verfügung vom 17. August 2000 verpflichtete die Ausgleichskasse die beiden Kollektivgesellschafter zur

Leistung von Schadenersatz in Höhe von Fr. 92'791.55 für entgangene Sozialversicherungsbeiträge samt Zinsen und Kosten.

2. Dagegen liessen die Kollektivgesellschafter am 18. September 2000 bei der Ausgleichskasse Einsprache erheben mit dem Antrag, die Verfügungen seien vollumfänglich aufzuheben. Zur Begründung wurde geltend gemacht, die Forderung widerspreche dem Nachlassvertrag, an den auch die Ausgleichskasse gebunden sei und der auch die Kollektivgesellschafter persönlich entlaste. Die Ausgleichskasse, welche die Einsprachen als unbegründet erachtete, erhob daraufhin am 18. Oktober 2000 Klage beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden mit dem Begehren, die beiden Kollektivgesellschafter seien unter solidarischer Haftung zu verpflichten, der Klägerin Fr. 92'791.55 zu bezahlen. Mit Urteil vom 3. Juli 2001, mitgeteilt am 29. Oktober 2001, wurde die Klage abgewiesen, da für die Schadenersatzforderung zuerst die sanierte Kollektivgesellschaft hätte ins Recht gefasst werden müssen (VGU S 00 286).

3. Daraufhin gelangte die Ausgleichskasse mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 20. November 2001 an das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) und beantragte, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides sei die Sache hinsichtlich der bundesrechtlichen Schadenersatzforderung zu neuer Beurteilung an das kantonale Gericht zurückzuweisen. Die beiden Kollektivgesellschafter sowie das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden beantragten die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherung beantragte deren Gutheissung. Mit Urteil der IV. Kammer des EVG vom 11. Oktober 2005 (EVG-Urteil H 376/01) wurde das angefochtene Urteil in Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde aufgehoben und die Sache an das Verwaltungsgericht zurückgewiesen, damit es über die Klage vom 18. Oktober 2000 entscheide. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, bei nicht privilegierten Beitragsforderungen liege der Eintritt des Schadens im Falle eines Nachlassvertrages spätestens im Zeitpunkt vor, in welchem die Ausgleichskasse einigermaßen zuverlässig die Höhe der Dividendenaussichten abschätzen könne, in der Regel spätestens bei

Empfang der Einladung zur Gläubigerversammlung und des beigelegten Nachlassvertragsentwurfs. Daraus folge zwangsläufig, dass die Ausgleichskasse den im Laufe des Nachlassverfahrens eingetretenen Schaden direkt gegen die Organe geltend machen könne, auch wenn die mit dem Nachlassvertrag sanierte Arbeitgeberin weiter existiere, was der ständigen Rechtsprechung des EVG, namentlich auch im Bezug auf Kollektivgesellschaften, entspreche. Das kantonale Gericht habe daher zu Unrecht die Passivlegitimation der beiden Kollektivgesellschaftler verneint.

4. Nachdem den Parteien vom Verwaltungsgericht Gelegenheit zur erneuten Stellungnahme gegeben worden war, liess die Ausgleichskasse am 7. November 2005 ihre Vernehmlassung einreichen mit dem Antrag, die Beklagten seien unter solidarischer Haftung zu verpflichten ihr Fr. 92'791.55 zu bezahlen. Zur Begründung verwies sie im Wesentlichen auf ihre bisherigen Rechtsschriften und fügte in Bezug auf das in der Sache ergangene EVG-Urteil an, es lasse sich aus den Akten, insbesondere aus der nicht unterzeichneten Zustimmungserklärung, entnehmen, dass sie dem Nachlassvertrag in der vorliegenden Streitsache nicht zugestimmt habe.
5. Die Beklagten liessen in ihrer Vernehmlassung vom 12. Dezember 2005 die Abweisung der Klage beantragen und liessen mitteilen, dass ... während hängigem Verfahren am EVG am 31. August 2002 verstorben sei und den mit der Sache betrauten Rechtsvertreter der Kollektivgesellschaft als Willensvollstrecker eingesetzt habe. Zur Begründung führten sie an, dass die Kollektivgesellschaftler selbst erst hätten ins Recht gefasst werden können, wenn die weiter bestehende Kollektivgesellschaft nicht mehr in der Lage gewesen wäre, den geltend gemachten Schaden zu ersetzen, also wenn aus einem Vorgehen gegen die Gesellschaft ein Pfändungsverlustschein resultiert hätte. Zudem wurde vorgebracht, der verstorbene Kollektivgesellschaftler sei nicht mehr in der Lage sich zu verteidigen und insbesondere darzulegen, dass er zu keinem Zeitpunkt grobfahrlässig gehandelt habe bzw. dass die übrigen Voraussetzungen der Haftung gemäss Art. 52 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) nicht erfüllt seien. Der überlebende Bruder sei dazu hingegen nicht in der Lage, weil die

Geschäftsführung und der ganze kaufmännische Bereich der Kollektivgesellschaft nie zu seinem Aufgabenbereich gehört habe, da er während über 30 Jahren nur als nicht geschäftsführender Gesellschafter tätig gewesen sei. Dessen Funktion habe sich ausschliesslich auf die Überwachung einzelner Baustellen und die Tätigkeit als Chauffeur beschränkt. Diese Unterscheidung zwischen geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Gesellschaftern sei gemäss dem Recht der Kollektivgesellschaft zulässig, weshalb die vom EVG mit Bezug auf die Verwaltungsräte von Aktiengesellschaften entwickelte Rechtsprechung vorliegend nicht greife. Daher könne dem nicht geschäftsführenden Bruder nicht vorgeworfen werden, dass er sich nicht persönlich um die kaufmännischen Belange kümmerte. Sollte wider Erwarten doch eine Haftung eines Gesellschafters angenommen werden, müsse die Tatsache, dass sich diese nicht verteidigen könnten bzw. konnten, als Herabsetzungsgrund im Sinne von Art. 44 OR berücksichtigt werden. Schliesslich sei die geltend gemachte Schadenersatzforderung verjährt.

6. Anlässlich eines weiteren Schriftenwechsels hielten die Parteien an ihren Rechtsbegehren fest und präzisierten und ergänzten ihre bisherigen Ausführungen zu den relevanten Rechtsfragen. Auf die Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Am 1. Januar 2003 trat das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) vom 6. Oktober 2000 in Kraft. Mit ihm wurden zahlreiche Bestimmungen im Bereich der AHV, namentlich auch Art. 52 AHVG geändert und Art. 81 und 82 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101) aufgehoben. Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 129 V 4 E. 1.2, EVG-Urteil H 376/01 E. 2.1) und weil

ferner das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Schadenersatzverfügungen (hier: 17. August 2000) eingetretenen Sachverhalt abstellt (BGE 121 V 366 E. 1b, EVG-Urteil H 376/01 E. 2.1), sind vorliegend die bis zum 31. Dezember 2002 geltenden Bestimmungen anwendbar.

2. Das AHVG statuiert in Art. 52 die Haftung des Arbeitgebers für den Schaden, welchen er durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften gegenüber der Ausgleichskasse verschuldet hat. Zu prüfende Tatbestandsmerkmale sind somit Schaden, Widerrechtlichkeit, Verschulden und adäquater Kausalzusammenhang. Vorweg gilt es zu untersuchen, ob der geltend gemachte Anspruch noch nicht verjährt ist und ob den Beklagten im vorliegenden Klageverfahren die Passivlegitimation zukommt.
3. a) Gemäss Art. 82 Abs. 1 AHVV verjährt eine Schadenersatzforderung, 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. Entgegen dem Wortlaut handelt es sich dabei um eine Verwirkungsfrist, welche von Amtes wegen zu prüfen ist (BGE 119 V 92 E. 3). Die Jahresfrist gemäss Art. 82 Abs. 1 AHVV beginnt mit Kenntnis des Schadens zu laufen. Diese Kenntnis ist in der Regel von dem Zeitpunkt an gegeben, in welchem die Ausgleichskasse unter Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit erkennen muss, dass es die tatsächlichen Umstände nicht mehr erlauben, die Beiträge einzufordern, wohl aber eine Schadenersatzpflicht begründen können (BGE 119 V 92 E. 3). Zur Wahrung der relativen Einjahresfrist bzw. der absoluten Fünfjahresfrist ist lediglich verlangt, dass die Ausgleichskasse innert dieser Frist die Schadenersatzverfügung erlässt und im Falle eines Einspruchs innert 30 Tagen die Klage anhängig macht (ZAK 1991 S. 129 E. 2c).
- b) Vorliegend ging am 23. März 2000 bei der Klägerin das Schreiben der Sachwalterin der Firma ein, welchem der Status der Kollektivgesellschaft per 6. August 1999 beigelegt war. Mit Erhalt dieses Schreibens konnte die

Klägerin unter Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit erkennen, dass für sie als Gläubigerin der dritten Klasse ein Verlust eintreten könnte, weshalb sie frühestens im Zeitpunkt der Zustellung dieses Status, also am 23. März 2000, Kenntnis des Schadens erhielt. Somit erfolgten die Schadenersatzverfügungen der Klägerin vom 17. August 2000 innerhalb der einjährigen Verjährungsfrist. Die absolute Verjährungsfrist von fünf Jahren war damit im Übrigen offensichtlich gewahrt. Auch die am 18. Oktober 2000 anhängig gemachte Klage erfolgte innert 30 Tagen seit den Einsprachen der Beklagten, womit die Verjährungsfristen unterbrochen und somit gewahrt wurden.

4. a) Was die Passivlegitimation der Beklagten betrifft, tritt der Willensvollstrecker an die Stelle des verstorbenen Kollektivgesellschafters und handelt in eigenem Namen aber auf Rechnung der Erbschaft. Er haftet jedoch nicht persönlich, sondern nur mit dem Nachlassvermögen (Karrer, in: Basler Kommentar, ZGB II, 2. Auflage, Basel 2003, Art. 518 N 76 ff.).

- b) Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, so haften subsidiär die für diese handelnden Organe. Als Organe gelten die natürlichen Personen, welche die juristische Person gegen aussen vertreten (formelle Organe) sowie Personen, welche Organen vorbehaltene Entscheidungen treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend beeinflussen (faktische Organe; ZAK 1989 S. 162 ff.). Die Subsidiarität der Haftung der Organe bedeutet, dass sich die Ausgleichskasse zuerst an den Arbeitgeber zu halten hat, bevor seine Organe belangt werden dürfen. Nicht vorausgesetzt wird, dass sich die Arbeitgeberfirma im Konkurs befindet und dieser schon abgeschlossen sein muss. Die Ausgleichskasse kann den im Nachlassvertragsverfahren entstandenen Schaden direkt gegen die Organe geltend machen, auch wenn die mit dem Nachlassvertrag sanierte Arbeitgeberin weiter existiert (EVG-Urteil H 376/01 E. 3.2). Sofern mehrere Personen für den gleichen Schaden verantwortlich sind, haften diese solidarisch. Dabei kann die Ausgleichskasse von jedem Schuldner den gesamten Schadenersatz verlangen, wobei es ihr freisteht, welchen oder welche Solidarschuldner sie belangen will.

- c) Vorliegend steht aufgrund des EVG-Urteils H 376/01 vom 11. Oktober 2005 fest, dass den Beklagten in diesem Verfahren die Passivlegitimation zukommt und sie für den der Klägerin entstandenen Schaden haftbar sind, sofern die übrigen Tatbestandmerkmale des Art. 52 AHVG erfüllt sind. Was den Einwand der Beklagten betrifft, es handle sich beim genannten EVG-Urteil (H 376/01) um einen Fehlentscheid, kann diese Frage offen bleiben, da das Urteil mit seiner Ausfällung rechtskräftig wurde (Art. 38 OG). Ein EVG-Urteil könnte nur dann nicht beachtet werden, wenn es anlässlich eines Revisionsverfahrens gemäss Art. 136 ff. OG vom EVG selbst aufgehoben worden wäre, was hier nicht zutrifft.
5. a) Ein Schaden entsteht, wenn der Ausgleichskasse ein ihr gesetzlich geschuldeter Betrag entgeht. Dazu gehören neben den vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen auch Verwaltungskostenbeiträge, Verzugszinsen, Veranlagungskosten, Mahngebühren und Betreuungskosten (Marlies Knus, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, Winterthur 1989, S. 30 ff.). Der Schaden ist eingetreten, sobald der geschuldete Betrag aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr erhoben werden kann. Dies ist der Fall, wenn die Beitragsforderung infolge Verjährung nach Art. 16 Abs. 1 AHVG untergegangen ist bzw. der Arbeitgeber zahlungsunfähig ist (BGE 121 III 384 E. 3). Im ersten Fall gilt der Schaden als eingetreten, sobald die Beiträge verwirkt sind, im zweiten Fall gilt der Schadenseintritt als erfolgt, sobald die Beiträge wegen der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht mehr im ordentlichen Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG erhoben werden können (EVG-Urteil H 376/01, mit Hinweisen). Das EVG hat im eben erwähnten Urteil bestätigt, dass die Geltendmachung der Schadenersatzverfügung gegenüber den verantwortlichen Organen unter anderem voraussetzt, dass entweder die Ausgleichskasse dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt hat oder aber die Ausgleichskasse, welche dem Nachlassvertrag zugestimmt hat, gemäss Art. 303 Abs. 2 SchKG vorgegangen sein muss.

- b) Vorliegend entstand der Schaden für die Klägerin dadurch, dass sie nach erfolgtem Nachlassverfahren die geschuldeten Beiträge nicht mehr im ordentlichen Verfahren geltend machen konnte. Unbestritten und insbesondere aufgrund der nicht unterzeichneten Zustimmungserklärung und dem unbenutzt gebliebenen Retourcouvert erstellt ist auch, dass die Klägerin dem Nachlassvertrag nicht zustimmte. Der Nachlassvertrag kam trotzdem zustande und wurde vom zuständigen Bezirksgerichtsausschuss mit Beschluss vom 2. Mai 2000 genehmigt. Damit ist die Klägerin zwar an diesen Nachlassvertrag gebunden, wahrte aber mangels Zustimmung sämtliche Rechte gegen „Mitschuldner, Bürgen und Gewährspflichtige“ (Ammon/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Auflage, Bern 2003, § 55 N 16 ff.; Art. 303 Abs. 1 SchKG), worunter auch die Beklagten als subsidiär haftende Organe der schuldnerischen Kollektivgesellschaft fallen (AHI 1997 S. 95). Der von der Klägerin geltend gemachte Schadenersatz von Fr. 92'791.55 ist in betraglicher Hinsicht in dieser Höhe ausgewiesen und wird denn auch von den Beklagten diesbezüglich nicht bestritten. Dieser Betrag setzt sich in der Höhe aus entgangen Sozialversicherungsbeiträgen plus Verwaltungsgebühren für die Zeit von 1998 bis Juli 1999 einerseits, und gutgeschriebenen Rückvergütungen für ausbezahlte Familienzulagen und EO-Entschädigungen sowie der Nachlassdividende andererseits zusammen (Beilagen Klägerin, act. 23).
6. a) Die Schadenersatzpflicht gemäss Art. 52 AHVG setzt weiter das Tatbestandselement der Widerrechtlichkeit voraus, welches im Gesetz mit der „Missachtung von Vorschriften“ umschrieben ist. Unter diesem Begriff sind zunächst alle Bestimmungen des AHVG und seiner Vollzugserlasse zu verstehen. Insbesondere fallen diejenigen Vorschriften über die Beitragspflicht, die Bemessung der Beiträge vom Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit, den Bezug der Arbeitnehmerbeiträge, die Abrechnungs- und die Zahlungspflicht sowie die Rentenauszahlung durch den Arbeitgeber darunter (Vorschriften im engeren Sinne). Die Rechtsprechung zählt aber auch die nach den objektiven Umständen und den persönlichen Verhältnissen gebotene Pflicht, dafür zu sorgen, dass keine

Zahlungsunfähigkeit eintritt, zu den genannten Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG (sog. Vorschriften im weiteren Sinne; ZAK 1985, S. 580 E. 5).

- b) Vorliegend macht die Klägerin geltend, die Beklagten hätten einschlägige Vorschriften missachtet, indem sie Lohnbeiträge der Jahre 1998 bis und mit Juli 1999 nicht bezahlt hätten. Gemäss Art. 14 Abs. 1 AHVG sind die Beiträge vom Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit bei jeder Lohnzahlung in Abzug zu bringen und vom Arbeitgeber zusammen mit dem Arbeitgeberbeitrag periodisch zu entrichten. Zu beachten ist, dass für die vorliegend ausstehenden Beiträge die Bestimmungen der AHVV in der vor dem 1. Januar 2001 geltenden Fassung relevant sind. Danach sind die Arbeitgeberbeiträge monatlich oder, wenn nur wenige Arbeitnehmer beschäftigt sind, vierteljährlich zu bezahlen (Art. 34 Abs. 1 lit. a AHVV). Die für die Zahlungsperiode geschuldeten Beiträge werden mit deren Ablauf fällig und sind innert zehn Tagen zu bezahlen (Art. 34 Abs. 4 AHVV). Ergibt sich am Ende der Abrechnungsperiode aufgrund der Abrechnung, dass zu wenig Beiträge entrichtet wurden, ist die Differenz alsdann nachzuzahlen (Wegleitung über den Bezug der Beiträge, Rz. 2030). Zudem hat der Arbeitgeber periodisch mit der Ausgleichskasse abzurechnen und die erforderlichen Angaben für die Führung der individuellen Konten zu machen (Art. 51 Abs. 3 AHVG). Die Ausgleichskasse bestimmt die Abrechnungsperiode, welche eine oder mehrere Zahlungsperioden jedoch höchstens ein Kalenderjahr umfassen darf und der Arbeitgeber hat die zur Abrechnung nötigen Angaben innert eines Monats nach Ablauf der Abrechnungsperiode zu liefern (Art. 35 AHVV).
- c) Da im vorliegenden Fall fällige und verfallene Lohnbeiträge für die Jahre 1998 und 1999 nicht bezahlt wurden, besteht die für eine Haftung nach Art. 52 AHVG vorausgesetzte Widerrechtlichkeit in der Verletzung der in Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 AHVV vorgeschriebenen Zahlungspflicht. Ob zusätzlich Vorschriften im weiteren Sinne verletzt wurden, kann daher offen bleiben.

7. a) Eine weitere wesentliche Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht besteht nach dem Wortlaut von Art. 52 AHVG darin, dass der Arbeitgeber die Vorschriften der AHV-Gesetzgebung, durch deren Verletzung der Schaden entstanden ist, absichtlich oder grobfahrlässig missachtet hat. In Analogie zu Art. 18 Abs. 2 StGB, welcher auch im Verwaltungsrecht, insbesondere im Sozialversicherungsrecht, Anwendung findet, ist Absicht beim Handeln mit Wissen und Willen gegeben. Grobfahrlässig handelt, wer das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen. Dabei ist das Mass der zu verlangenden Sorgfalt abzustufen entsprechend der Sorgfaltspflicht, die in den kaufmännischen Belangen der entsprechenden Arbeitgeberkategorie üblicherweise erwartet werden kann (ZAK 1988 S. 599 E. 5a). Aufgrund gefestigter Praxis kann die Ausgleichskasse, welche festgestellt hat, dass sie einen durch Missachtung von Vorschriften entstandenen Schaden erlitten hat, davon ausgehen, dass der Arbeitgeber die Vorschriften absichtlich oder grobfahrlässig verletzt hat, sofern keine Anhaltspunkte für die Rechtmässigkeit des Handelns oder die Schuldlosigkeit des Arbeitgebers bestehen (BGE 108 V 200 f. E. 1; VGU S 02 245). Nach der Rechtsprechung ist es denkbar, dass ein Arbeitgeber der Ausgleichskasse vorsätzlich einen Schaden zufügt, aber für diesen trotzdem nicht schadenersatzpflichtig wird. Insbesondere ist die Situation denkbar, dass er durch die verspätete Zahlung der Beiträge das Überleben des Unternehmens bei besonderen Liquiditätsengpässen ermöglichen kann. Damit er jedoch später für ein solches Handeln nicht im Sinne von Art. 52 AHVG belangt werden kann, muss feststehen, dass der Arbeitgeber im Zeitpunkt, in welchem er diese Entscheidung trifft, mit ernsthaften und sachlichen Gründen davon ausgehen durfte, die Forderung inner nützlicher Frist begleichen zu können (BGE 108 V 188; ZAK 1992 S. 248 E. 4b). Fehlende finanzielle Mittel eines Arbeitgebers genügen für sich allein nicht als Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgrund, da ansonsten die Haftungsvorschrift von Art. 52 AHVG weitgehend ihres Gehaltes entleert würde (ZAK 1985 S. 621 E. 4). Werden Organe einer Gesellschaft ins Recht gefasst, ist zusätzlich zu überprüfen, ob und inwieweit eine Handlung oder Unterlassung der Unternehmung diesen im Hinblick auf deren rechtliche und faktische Stellung innerhalb der Gesellschaft

zuzurechnen ist (ZAK 1985 S. 620 E. 3b). Handelt es sich beim Arbeitgeber um eine AG, sind grundsätzlich strenge Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der Organe zu stellen, wobei das Verschulden nach den Verhältnissen im Einzelfall zu beurteilen ist. So ist beispielsweise vom Verwaltungsratspräsidenten als einzigem ausführenden Organ ein höheres Mass an Sorgfalt zu verlangen als von einem Verwaltungsratsmitglied eines Grossunternehmens, dessen Kontrollmöglichkeiten eingeschränkt sind (BGE 108 V 203 f. E. 3b). Bei einfachen Verhältnissen muss von einem Verwaltungsratsmitglied einer AG in der Regel der Überblick über alle wesentlichen Belange einer Unternehmung verlangt werden. Auch eine Delegation von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen an Dritte entbindet die Organe nicht von ihrer Überwachungspflicht gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 5 OR. Nicht geschäftsführende Verwaltungsratsmitglieder sind zwar nicht verpflichtet, jedes einzelne Geschäft der Geschäftsleitung zu überwachen, doch müssen diese die Tätigkeit der Geschäftsleitung und den Geschäftsgang überprüfen. Dazu gehört, dass diese sich laufend über den Geschäftsgang informieren, Rapporte verlangen, diese sorgfältig studieren, nötigenfalls ergänzende Auskünfte einholen und Irrtümer abzuklären versuchen. Ergibt sich aus diesen Informationen der Verdacht falscher und unsorgfältiger Ausübung der delegierten Befugnisse, ist jedes Verwaltungsratsmitglied verpflichtet, sogleich die erforderlichen Abklärungen zu treffen und eine genaue und strenge Kontrolle hinsichtlich der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften auszuüben (BGE 114 V 223 f. E. 4a). Dasselbe gilt auch im Verhältnis der Verwaltungsratsmitglieder untereinander (AJP 1996 S. 1078). Diese für das Aktienrecht entwickelten Kriterien gelten sinngemäss auch für die Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft. Diese haben die wichtigen Angelegenheiten der Gesellschaft auch dann zu überwachen, wenn sie ins Ressort eines anderen Kollektivgesellschafters fallen.

- b) Bei der Unternehmung der Beklagten handelt es sich um eine kleine Kollektivgesellschaft mit überschaubaren Verhältnissen. Daher traf beide Kollektivgesellschaftler eine hohe Sorgfaltspflicht. Auch wenn der nicht geschäftsführende Gesellschafter behauptet, faktisch gar keine Kompetenzen in diesem Bereich gehabt zu haben und nicht mit der Buchführung und dem

Zahlungsverkehr betraut gewesen sei, entbindet ihn dies nicht von der unübertragbaren und unentziehbaren Pflicht, die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen wahrzunehmen. Auch wenn er faktisch von der Geschäftsführung ausgeschlossen war, ändert dies nichts an seiner Rechtsstellung als Organ der Kollektivgesellschaft. Seine Aufsichtspflicht bezüglich der Einhaltung der gesetzlichen Pflicht zur Beitragsentrichtung ist damit umso strenger zu beurteilen. Das passive Verhalten trotz möglicher Kenntnis ausstehender Beitragsleistungen ist als grobfahrlässige Missachtung der einschlägigen Vorschriften zu werten (ZAK 1989 S. 104 f.). Der nicht geschäftsführende Kollektivgesellschafter hätte also bei genügender Aufsicht die lang anhaltenden finanziellen Schwierigkeiten kennen und bei Kenntnis entsprechende Gegenmassnahmen beantragen müssen. Dass der verstorbene Kollektivgesellschafter die finanziellen Verhältnisse kannte, ist aufgrund seiner damaligen rechtlichen und tatsächlichen Stellung als geschäftsführender Gesellschafter offensichtlich.

- c) Der Rechtfertigungsgrund im Sinne der Rechtsprechung, wonach die vorübergehende Nichtbezahlung der Beiträge ausnahmsweise rechtmässig erscheint, wenn feststeht, dass der Arbeitgeber aus ernsthaften und objektiven Gründen annehmen durfte, seine Beitragsschulden innert nützlicher Frist begleichen zu können, wurde zwar in der Klageantwort vom 29. November 2000 erwähnt aber nicht substantiiert oder belegt. Die Beklagten machen zudem geltend, dass der am 31. August 2002 verstorbene Gesellschafter nicht mehr die Möglichkeit habe, sich zu verteidigen, Rechtfertigungsgründe geltend zu machen und darzulegen, dass er zu keinem Zeitpunkt grobfahrlässig gehandelt habe, da es im Einsprache- bzw. Klageverfahren vorab um die Passivlegitimation ging, welche das Verwaltungsgericht im Urteil vom 3. Juli 2001 verneinte.

Die Beklagten hatten seit den Schadenersatzverfügungen vom 17. August 2000 und insbesondere in den auf die Klage folgenden Rechtsschriften mehrfach die Gelegenheit, zu sämtlichen Tatbestandsmerkmalen von Art. 52 AHVG Stellung zu nehmen. Insbesondere in der Klageschrift vom 18. Oktober 2000 wurden sämtliche Tatbestandsmerkmale, somit auch das Verschulden und der genannte Rechtfertigungsgrund, ausführlich durch die Klägerin

dargelegt, worauf die Beklagten mehrfach reagieren konnten. Die Tatsache, dass sich die Beklagten damals fast ausschliesslich zur Passivlegitimation äusserten und den weiteren Tatbestandsmerkmale weniger Beachtung schenkten, kann nicht zu Lasten der Klägerin gehen.

- d) Somit ist erstellt, dass die beiden für die Beitragsleistungen verantwortlichen Kollektivgesellschaftler die Zahlungspflicht bezüglich der Beitragsleistungen zumindest grobfahrlässig verletzt haben.
8. a) Als weitere Haftungsvoraussetzung verlangt Art. 52 AHVG, dass zwischen dem eingetretenen Schaden und dem pflichtwidrigen Verhalten ein adäquater Kausalzusammenhang vorliegen muss. Ein Ereignis hat dann als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des Eingetretenen herbeizuführen (BGE 119 V 406).
- b) Durch die Wahrnehmung ihrer Pflichten hätten die Beklagten den Eintritt eines Schadens verhindern können, weshalb zwischen der Missachtung der Zahlungspflicht und dem Schaden der Ausgleichskasse ein adäquater Kausalzusammenhang besteht.
9. a) Die Beklagten machen geltend, dass im Falle einer nicht zum vornherein ausgeschlossenen Haftung der Umstand, dass sich die beiden Kollektivgesellschaftler nicht verteidigen könnten, und die lange Zeitdauer zwischen dem behaupteten Schadenseintritt und der vorliegenden Beurteilung, als Herabsetzungsgrund im Sinne von Art. 44 OR berücksichtigt werden müsse.
- b) Die Klägerin behauptet hingegen, dass es sich bei der fehlenden Regelung der Herabsetzungsgründe im AHVG nicht um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handeln könne und dass höchstens Art. 4 des Bundesgesetzes über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (VG; SR 170.32) anwendbar sei, da es vorliegend um öffentliches Recht gehe.

- c) Die Frage, welche dieser Bestimmungen allenfalls anwendbar wäre, kann an dieser Stelle offen bleiben, da vorliegend keine der entsprechenden Voraussetzungen auch nur annähernd erfüllt sind. Weder hat die Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt noch liegen irgendwelche Hinweise auf Umstände vor, die auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt haben oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert hätten, für die die Geschädigte einstehen muss (vgl. Art. 4 VG resp. Art. 44 Abs. 1 OR). Entgegen der Darstellung der Beklagten ist deren Ersatzpflicht somit nicht herabzusetzen.
10. Da vorliegend sämtliche Tatbestandsmerkmale der Klage gemäss Art. 52 AHVG erfüllt sind, sind die Beklagten zu verpflichten, der Klägerin unter solidarischer Haftung Fr. 92'791.55 zu bezahlen.
11. Gemäss Art. 85 Abs. 2 lit. a AHVG und Art. 11 der kantonalen Verordnung über das Verfahren in Sozialversicherungsstreitsachen (VSS; BR 542.300) ist das Verfahren für die Parteien, abgesehen von hier nicht zutreffenden Ausnahmen, grundsätzlich kostenlos. Eine aussergerichtliche Entschädigung steht der obsiegenden Klägerin praxisgemäss nicht zu.

Demnach erkennt das Gericht:

1. Die Klage wird gutgeheissen und ... sowie ... als Willensvollstrecker des Nachlasses von ... werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der AHV-Ausgleichskasse des Kantons Graubünden Fr. 92'791.55.-- zu bezahlen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.