

VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS FREIBURG

SOZIALVERSICHERUNGSGERICHTSHOF

Entscheid vom 20. Dezember 2002

In der Klagesache (**5S 98 558**)

Ausgleichskasse des Kantons Freiburg, Impasse de la Colline 1, 1762 Givisiez,

Klägerin,

gegen

R. W., in D.,

Beklagter,

betreffend

**Schadenersatzklage gemäss Art. 52 AHVG
(gestützt auf Schadenersatzverfügung vom 3. Juni 1998)**

hat sich ergeben:

- A. Der Sportverein HC Freiburg-Gottéron (nachstehend HCFG genannt), gegründet am 1. Dezember 1938 mit Sitz in Freiburg, hatte insbesondere die Entwicklung des Eishockeysports und die Förderung von Jungspielern zum Zweck. Der Verein war dem Schweizerischen Eishockeyverband angeschlossen. Als Arbeitgeberin war der HCFG der Ausgleichskasse des Kantons Freiburg (nachstehend Ausgleichskasse genannt) angeschlossen. Der Verein war nie im Handelsregister des Saanebezirks eingetragen.
- B. Am 29. August 1996 hat die Ausgleichskasse einem Abzahlungsplan des HCFG mit Teilzahlungen auf zwei Jahre zugestimmt. Der Saldo zugunsten der Ausgleichskasse belief sich zu diesem Zeitpunkt auf 221'040.40 Franken. Darin enthalten waren sämtliche unbezahlt gebliebenen Rechnungsposten bis zur Rechnung 1996/0011, die den paritätischen Beiträgen für den Monat Juli 1996 entsprachen. Sämtliche nachfolgenden, laufenden Beiträge waren innerhalb der gesetzlichen Fristen zahlbar. Dieser Abzahlungsplan wurde in der Folge nicht bzw. nur teilweise eingehalten.

Im Laufe des Herbstes 1996 führte das interne Revisionsbüro der Ausgleichskasse für die Jahre 1992 bis 1995 eine Arbeitgeberkontrolle durch. Diese Revision ergab Nachforderungen für die betroffenen Jahre. Am 17. Januar 1997 wurden dem HCFG, an die Adresse des damaligen Präsidenten G. B., in F., die entsprechenden vier Nachzahlungsverfügungen und eine Verfügung über Verzugszinse zugestellt (1992: 48'598.90 Franken, 1993: 42'674.15 Franken; 1994: 56'725.95 Franken; 1995: 89'728.80 Franken; Verzugszinsen: 25'648.10 Franken). Diesen Verfügungen beigelegt war ein Erklärungsschreiben, das die Art der nacherfassten Lohnbestandteile, insbesondere Naturallöhne, erklärte. Diese Verfügungen vom 17. Januar 1997 wuchsen unangefochten in Rechtskraft.

- C. Aufgrund finanzieller Schwierigkeiten war der HCFG in der Folge gezwungen, ein Gesuch um Nachlassstundung einzureichen. Dieses wurde am 12. August 1997 mit Entscheid des Präsidenten des Zivilgerichts des Saanebezirks gutgeheissen und eine provisorische Nachlassstundung von zwei Monaten gewährt. In der Folge wurde mit Entscheid vom 27. November 1997 eine sechsmonatige Nachlassstundung bis 1. Juni 1998 gewährt. Die Ausgleichskasse produzierte am 9. Februar 1998 im Nachlassverfahren eine rektifizierte Forderung von 603'367.55 Franken. In der Folge fand die Gläubigerversammlung gemäss Amtsblatt Nr. 17 des Kantons Freiburg vom 24. April 1998 am 19. Mai 1998 statt.

Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung wurde am 24. Juni 1998 durch den Präsidenten des Zivilgerichts des Saanebezirks homologiert und führte in der Folge zur Bildung der neuen Aktiengesellschaft, der HC Fribourg-Gottéron SA. Schliesslich hat die Ausgleichskasse ihre Forderung auf den Betrag von 551'670.05 Franken rektifiziert (vgl. Schreiben der Ausgleichskasse an die Consultco SA vom 17. Juni 1999).

- D. Am 3. Juni 1998 hat die Ausgleichskasse R. W., wohnhaft in D., eine Schadenersatzverfügung über einen Betrag von 350'056.45 Franken zugestellt, da sie davon ausging, dass ein grosser Teil der ihrer Kasse geschuldeten paritätischen Beiträge auf Löhnen unbezahlt bleiben würde. R. W. war von Januar 1992 bis Mai 1995 Administrator, und anschliessend bis 24. Juli 1996 Präsident des Vorstands des HCFG. Die in dieser Schadenersatzverfügung geforderten Beträge setzen sich aus Lohnbeiträgen für die Periode von Januar 1992 bis Mai 1996 zusammen (AHV/IV/EO-Beiträge, ALV-Beiträge, Verzugszinsen, Mahngebühren, Betriebs- sowie Verwaltungskosten). Sie stützen sich für die Periode von Januar 1992 bis Dezember 1995 auf die Nachzahlungsverfügungen vom 17. Januar 1997 sowie auf die Verzugszinsverfügung gleichen Datums (Rechnung 1997/0001 und 1997/5001) und für die Periode von Januar bis Mai 1996 auf die fälligen Pauschalbeiträge (Rechnungen 1996/0001, 1996/0002, 1996/0004, 1996/0005 und 1996/0007) sowie die Verzugszinsverfügung vom 12. Dezember 1997 (Rechnung 1997/5004).

- E. Der Schadenersatzverfügungsadressat R. W. erhob mit Schreiben vom 3. Juli 1998 Einsprache. Er beantragte primär wegen Verwirkung der Schadenersatzverfügung auf die Klage nicht einzutreten und subsidiär, sollte die Schadenersatzverfügung fristgerecht erlassen worden sein, die Gutheissung der Einsprache, da der Schaden der Ausgleichskasse weder mit Absicht noch grob fahrlässig verschuldet worden sei. Er bestritt die Forderung vollumfänglich.

Er brachte sinngemäss vor, dass die Ausgleichskasse spätestens zu Beginn des Jahres 1997 Kenntnis ihres Schadens hatte und die einjährige Verwirkungsfrist somit im Frühjahr 1998 abgelaufen sei. Die Schadenersatzforderung vom 3. Juni 1998 sei somit verwirkt.

Betreffend das subsidiäre Rechtsbegehren legte R. W. dar, dass der Schaden der Ausgleichskasse für die Periode von *Januar 1992 bis Dezember 1995* weder absichtlich noch grob fahrlässig verschuldet worden sei. Anlässlich einer Arbeitgeberkontrolle im Jahre 1991 seien von Seiten der Ausgleichskasse Richtlinien für die Lohndeklaration diskutiert und festgehalten worden. Die innerhalb des Vereins für die finanziellen Fragen verantwortli-

chen Personen hätten in der Folge die Lohnerklärungen in Befolgung dieser Richtlinien eingereicht. R. W. machte im Weiteren eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, da die Nachzahlungsverfügungen vom 17. Januar 1997 sowie die Verzugszinsverfügung gleichen Datums für die Periode von 1992 bis 1995 dem damaligen Präsidenten G. B. zugestellt worden seien, und es ihm somit nicht möglich gewesen sei, allfällige Rechtsmittel zu ergreifen.

Er bestritt, als Administrator eine Organstellung innegehabt zu haben. Gemäss Pflichtenheft habe er keinen massgeblichen Einfluss auf zu treffende Entscheidungen oder gar an der Willensbildung des Vereins gehabt.

Im Weiteren machte er geltend, dass auch für den während der Periode von *Januar bis Mai 1996* entstandene Schaden (Rechnungen 1996/0001, 1996/0002, 1996/0004, 1996/0005, 1996/0007 und 1997/5004) keine Haftung bestehe: Mit Vereinbarung der Zahlungsmodalitäten vom 29. August 1996 betreffend die geschuldeten Beiträge der Periode von Januar bis Mai 1996 - zwischen den neuen Vorstandsmitgliedern des HCFG und der Ausgleichskasse - seien die ehemaligen Organe befreit worden. Er rügte auch die Verletzung des rechtlichen Gehörs, da die Vereinbarung betreffend die Abschlagszahlungen vom 29. August 1996 sowie die Zahlungsbefehle betreffend die unbezahlten Rechnungen 1996/0005 und 1996/0007 G. B. zugestellt worden seien. Schliesslich sei der Schaden weder absichtlich noch fahrlässig verschuldet worden. Als er anlässlich der Generalversammlung im Mai 1995 zum Präsidenten gewählt worden sei, habe der damalige Präsident, Y. C., eine revidierte Jahresrechnung mit einem Gesamtverlust von rund 300'000 Franken vorgelegt. Erst im Nachhinein habe sich herausgestellt, dass die Verschuldung massiv höher gewesen sein müsse. Es sei somit davon auszugehen, dass die Generalversammlung wie auch er durch die für finanzielle Belange zuständigen Personen getäuscht worden seien.

Darüber hinaus brachte er als Exkulpationsgründe vor, dass es in der ersten Phase seiner Amtszeit als Präsident zu Liquiditätsproblemen gekommen sei. Er habe sich gezwungen gesehen, dem HCFG ein Darlehen von 200'000 Franken zu gewähren um Lohn- und Lieferantenforderungen begleichen zu können. In der Spielsaison 1995/1996 sei ein Sanierungskonzept ausgearbeitet worden, das es erlaubt hätte, bis zur Saison 1998/1999 die damals bekannten Schulden vollständig zu tilgen, namentlich auch die Forderungen der Ausgleichskasse. Die Tatsache, dass der spätere Vorstand einen anderen Weg beschlossen und eingeschlagen habe, vermöge ihm nicht zum Vorwurf zu gereichen. Im damaligen Zeitpunkt habe unter den gegebenen Umständen damit gerechnet werden dürfen, dass die Forderungen der Ausgleichskasse und auch diejenigen sämtlicher Gläubiger beim nicht unwahrscheinlichen Erfolg des Sanierungskonzepts in absehbarer Zeit hätten befriedigt werden können.

F. Dennoch strengte die Ausgleichskasse gegen R. W. am 24. August 1998 eine Schadenersatzklage gemäss Art. 52 AHVG an. Sie beantragte, R. W. sei, als Mitglied des Vorstands des HCFG im Zeitraum von Januar 1992 bis 24. Juli 1996 zu verurteilen, ihr einen Betrag von 350'056.45 Franken zu bezahlen. Ein grob fahrlässiges Verschulden erkannte sie darin, dass der HCFG die Beitragspflicht gemäss Art. 14 AHVG i.V.m. Art. 34 AHVV missachtet haben soll, indem dieser die Löhne (inklusive Naturallöhne), die er seinen Arbeitnehmern zukommen liess, ganz oder teilweise unerklärt gelassen habe und die entsprechenden Beiträge in der Folge wegen Insolvenz des Arbeitgebers unbezahlt geblieben seien. Sie hielt sinngemäss dafür, dass R. W. im Verein eine verantwortliche Stellung innegehabt, sich aber nicht ständig über die Abrechnungs- und Zahlungspflicht des Vereins auf dem Laufenden gehalten und die notwendigen Kontrollen und entsprechenden Instruktionen nicht gegeben habe. Somit müsse von einer grob fahrlässigen Handlungsweise ausgegangen werden.

R. W. hat es unterlassen, fristgerecht eine Klageantwort einzureichen.

G. Der mit der Instruktion beauftragte Gerichtsschreiber-Berichtersteller hat das Gutachten der Treuhandfirma Atag, Ernst & Young vom 20. Januar 1997 betreffend die Überprüfung der Jahresrechnungen des HCFG der Jahre 1991/1992 bis 1995/1996 (Volume I und II; Akten der Sachwalterin, Consultco SA, Freiburg), eine Liste der Vorstandsmitglieder des HCFG während der Periode 1991/1992 bis 1996/1997 (Strafakten des Untersuchungsrichteramtes des Kantons Freiburg betreffend das Verfahren gegen die Verantwortlichen des HCFG wegen Verletzung des AHVG und StG), den Darlehensvertrag vom 28. April 1995 zwischen R. W. und dem HCFG sowie das Schreiben der Ausgleichskasse an die Consultco SA vom 17. Juni 1999 von Amtes wegen beigezogen und zusammen mit weiteren Akten gemäss gerichtlichem Beilagenverzeichnis vom 4. April 2002 ins vorliegende Klageverfahren integriert (vgl. gerichtliches Beilagenverzeichnis vom 4. April 2002).

Mit Verfügung vom 4. April 2002 wurden R. W. und die Ausgleichskasse eingeladen, zu den von Amtes wegen edierten Akten Stellung zu nehmen. Die Ausgleichskasse hat am 22. April 2002 hierzu ausgeführt, dass sie an der Klage festhalte, der Betrag der Forderung jedoch noch Änderungen erfahren könne, da noch keine Dividende im Nachlassverfahren ausbezahlt worden sei. R. W. nahm am 5. Juli 2002 Stellung. Er brachte zusammenfassend vor, dass der Rapport der Treuhandgesellschaft Atag Ernst & Young festhalte, dass infolge Fehlens von klaren und präzisen Strukturen im System ein Erkennen von Engagements nur solchen Personen möglich war, die direkt mit den Finanzen und dem Jahresabschluss befasst waren. Er führte weiter aus, dass er bis zu seiner Wahl zum Präsidenten des HCFG als "Administrateur" für den Verein tätig gewesen sei. Sein Pflichtenheft als "Administrateur" ha-

be keinerlei Bezug zu den Finanzen gehabt. Seine Aufgaben hätten in der Aufsicht über das Sekretariat, der Triage der Post, der Aufnahme von Protokollen und insbesondere in Übersetzungsarbeiten gelegen. Die Finanzkompetenz habe einzig Y. C. und M. B. obliegen. Da Y. C. zudem ein eigenes Treuhandbüro führte, habe weder für ihn noch für die andern Vorstandsmitglieder eine Veranlassung bestanden, dessen Arbeit zu prüfen. Als Präsident sei er grundsätzlich für die Finanzen des Klubs mitverantwortlich gewesen. Die Abwicklung der finanziellen Angelegenheiten habe jedoch weiterhin in den Händen des Treuhandbüros von Y. C. obliegen, dies unter der Aufsicht des Finanzchefs. Als Präsident habe er dem Verein schliesslich, nachdem er von der schwierigen finanziellen Situation des Klubs Kenntnis genommen habe, ein Darlehen von 200'000 Franken zur Begleichung der dringlichsten Verbindlichkeiten gewährt.

- H. Die übrigen Schadenersatzklagen der Ausgleichskasse vom 24. August bzw. 21. Dezember 1998 gegen weitere ehemalige Vorstandsmitglieder des HCFG, nämlich gegen A. K., Y. C., C. P., M. B., G. B. sowie N. M., werden vom tagenden Gerichtshof je in separaten Entscheiden gleichen Datums abgeurteilt (5S 98 555/556/557/559/560/891).

Die übrigen Elemente des Sachverhalts ergeben sich, soweit sie für die Urteilsfindung massgebend sind, aus den nachfolgenden rechtlichen Erwägungen.

Der Sozialversicherungsgerichtshof zieht in Erwägung:

(Auszüge aus den Erwägungen)

1-2. (...)

3. Bei der Schadenersatzklage ist die Frage der Verwirkung der Schadenersatzforderung stets von Amtes wegen zu prüfen (BGE 112 V 6 Erw. 4c; ZAK 1986 S. 468 Erw. 4c).

- a) Art. 82 AHVV regelt die Frist, innert welcher die Ausgleichskasse den Ersatz des eingetretenen Schadens verlangen kann. Dieses Recht verjährt, wenn es 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. Es handelt sich um eine relative und eine absolute Frist und - entgegen dem gesetzlichen Wortlaut - um Verwirkungsfristen (BGE 119 V 89 Erw. 3; ZAK 1986 S. 468 Erw. 4c).

Kenntnis des Schadens ist in der Regel von dem Zeitpunkt an gegeben, in welchem die Ausgleichskasse unter Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit erkennen muss, dass die tatsächlichen Gegebenheiten nicht mehr erlauben, die Beiträge einzufordern, wohl aber eine Schadenersatzpflicht begründen können. Zudem muss der Ersatzpflichtige bekannt sein. Wer im Rahmen eines Konkurses oder Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung einen Verlust erleidet, hat in der Regel bereits dann ausreichende Kenntnis des Schadens, wenn die Kollokation der Forderung eröffnet bzw. der Kollokationsplan zur Einsicht aufgelegt wird (BGE 119 V 92 Erw. 3). Der Zeitpunkt kann sich ausnahmsweise auch vor denjenigen der Auflegung des Kollokationsplanes verschieben, wenn die Ausgleichskasse anlässlich von Gläubigerversammlungen vernimmt, dass ihre Forderung auf jeden Fall ungedeckt bleibt (BGE 118 V 196 Erw. 3b).

Der *Schaden gilt als eingetreten*, wenn anzunehmen ist, dass die geschuldeten Beiträge aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr erhoben werden können (BGE 113 V 257). Dies trifft dann zu, wenn die Beiträge im Sinne von Art. 16 Abs. 1 AHVG verwirkt sind (vgl. z.B. BGE 112 V 156) oder wenn ihre Entrichtung wegen Zahlungsunfähigkeit des beitragspflichtigen Arbeitgebers nicht mehr möglich ist (vgl. z.B. BGE 111 V 172). Im ersten Fall gilt der Schaden als eingetreten, sobald die Beiträge verwirkt sind (BGE 108 V 194). 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 (vgl. BGE 112 V 157 Erw.2).

- b) Der Beklagte brachte einspracheweise vor, dass die Klägerin bereits Kenntnis ihres Schadens hatte, als die mit Schreiben vom 29. August 1996 vereinbarten Abschlagszahlungen nicht termingerecht erfolgt seien. Auch den Medien sei längstens zu entnehmen gewesen, dass die Verschuldung des Vereins derartige Ausmasse angenommen habe, dass ein Nachlassvertrag ins Auge gefasst werden müsse. Die einjährige Verwirkungsfrist sei spätestens zu Beginn des Jahres 1997 ausgelöst worden. Mit Erlass der Schadenersatzverfügung vom 3. Juni 1998 sei ihre Forderung somit verwirkt.
- c) Mit Veröffentlichung im Amtsblatt Nr. 35 des Kantons Freiburg vom 29. August 1997 erhielt die Ausgleichskasse Kenntnis darüber, dass dem HCFG eine provisorische Nachlassstundung von zwei Monaten gewährt wurde.

Durch Veröffentlichung im Amtsblatt Nr. 43 des Kantons Freiburg vom 24. Oktober 1997 wurde die Ausgleichskasse schliesslich darüber informiert, dass das Gesuch um Nachlassstundung an der Sitzung des Gerichtspräsidenten des Zivilgerichts des Saanebezirks vom 20. November 1997 geprüft werde. Anlässlich dieser Sitzung ist bekannt geworden, dass ein grosser Teil der der Klägerin geschuldeten Beiträge auf Löhnen unbezahlt bleiben würde. Schliesslich ist an der Gläubigerversammlung vom 19. Mai 1998 eine Maximaldividende von 4.18 % für die Gläubiger der dritten Klasse in Aussicht gestellt worden, sollte der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt werden.

Es kann festgehalten werden, dass die einjährige Frist seit Kenntnis des Schadens sowie die Fünfjahresfrist seit Eintritt des Schadens mit Erlass der Schadenersatzverfügung vom 3. Juni 1998 berücksichtigt wurden: Einerseits hat der HCFG unbestrittenermassen noch am 6. August 1997 der Klägerin einen Betrag von 17'000 Franken überwiesen, so dass die Klägerin an diesem Datum noch keine genügende Kenntnis ihres Schadens haben konnte (vgl. Postkontoauszug vom 6. August 1997). Andererseits wäre die einjährige Frist seit Kenntnis des Schadens auch dann eingehalten, wenn - über die oben erwähnte Rechtsprechung des EVG hinausgehend - auf die Veröffentlichung der Gewährung der provisorischen Nachlassstundung (Amtsblatt Nr. 35 des Kantons Freiburg vom 29. August 1997) oder auf die Sitzung des Gerichtspräsidenten des Zivilgerichts des Saanebezirks vom 20. November 1997 abzustellen wäre, an welcher bekannt geworden war, dass ein grosser Teil der der Klägerin geschuldeten Beiträge auf Löhnen unbezahlt bleiben würde.

Auf die Klage ist somit einzutreten.

(...)

5. a) 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 zuzustellen, damit die entsprechenden paritätischen Beiträge ermittelt und verfügt werden können. Die Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers ist eine gesetzlich vorgeschriebene öffentlich-rechtliche Aufgabe. Dazu hat das EVG wiederholt erklärt, dass die Nichterfüllung dieser öffentlich-rechtlichen Aufgabe eine Missachtung von Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG bedeute und die volle Schadensdeckung nach sich ziehe (AHI 1993 S. 81 Erw. 2a mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung). Nach Art. 52 AHVG hat ein Arbeitgeber, der durch ab-

sichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften einen Schaden verschuldet, diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen.

- b) Ist der Arbeitgeber selbst nicht mehr in der Lage, seinen Verpflichtungen gegenüber der Ausgleichskasse nachzukommen, können unter bestimmten Voraussetzungen alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle betrauten Personen für den Schaden verantwortlich gemacht werden. In diesem Zusammenhang wird von der so genannten subsidiären Haftung der Organe gesprochen. Die Schadenersatzpflicht erstreckt sich nicht nur auf die formellen Organe einer juristischen Person, sondern auch auf Personen, die im Beitragswesen tatsächlich die Funktionen von Organen erfüllt haben, indem sie den Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen (BGE 114 V 213 Erw. 4e; 114 V 78; UELI KIESER, Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, Rechtsprechung des Bundesgerichts, Zürich 1996, Art. 52 AHVG, S. 202 ff.; THOMAS NUSSBAUMER, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Art. 52 AHVG *in* ZAK 1991 S. 386; THOMAS NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, *in* AJP 1996 S. 1075). Die Haftung nach Art. 52 AHVG erstreckt sich somit subsidiär auf alle für eine juristische Person handelnden Organe (BGE 119 V 405 Erw. 2). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts fallen namentlich Verwaltungsräte einer Aktiengesellschaft (BGE 123 V 15 Erw. 5b), geschäftsführende Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (BGE 126 V 237 ff.), Stiftungsräte (Urteil des EVG i.S. F. vom 30. Juli 2001, H 14/00), aber auch der ehrenamtlich tätige Präsident und Kassier eines Vereins (vgl. Urteil des EVG vom 13. November 2001 i.S. M., H 210/01; Urteil des EVG vom 13. November 2001 i.S. M, H 200/01, publiziert *in* AHI 2002 S. 51 Erw. 3c) als subsidiär haftpflichtige Organe in Betracht.
- c) Der Gerichtshof stellt fest, dass im vorliegenden Fall der Beklagte unbestrittenermassen von Januar 1992 bis Mai 1995 Administrator und anschliessend bis Juli 1996 Präsident des HCFG und somit während der strittigen Periode Vorstandsmitglied war. Aus den Vereinsstatuten geht hervor, dass der HCFG folgende Organe aufwies: die Generalversammlung, den Vorstand, das Büro, die Kommissionen sowie die Revisoren (Art. 31 der Statuten vom 23. September 1987). Der Vorstand setzte sich aus mindestens 9 Mitgliedern zusammen: einem Präsidenten; einem oder mehreren Vizepräsidenten; einem Administrator; einem Finanzchef; den Kommissionspräsidenten sowie weiteren Mitgliedern nach den Bedürfnissen (Art. 39 der Statuten). Dem Vorstand oblag die Geschäftsführung des Vereins. Er trug gegenüber der Generalversammlung die Verantwortung für die sportlichen, finanziellen und administrativen Angelegenheiten des Vereins ("Le comité directeur est l'organe

de direction et de gestion du HCFG. [...] Le comité directeur assume devant l'assemblée générale la responsabilité de la bonne marche des affaires sportives, financières et administratives"; vgl. Art. 38 ff. der Statuten). In Anwendung der oben erwähnten Rechtsprechung und der Tatsachenerhebung ist die formelle Organeigenschaft des Beklagten - als Administrator und Präsident des HCFG - für die Periode von Januar 1992 bis Juli 1996 im Sinne von Art. 52 AHVG zu bejahen.

6. a) In einem zweiten Schritt gilt es zu prüfen, ob der ins Recht gefasste Beklagte seine organrechtlichen Pflichten grob fahrlässig verletzt hat. Nicht jedes einer Firma als solches anzulastende Verschulden muss auch ein solches ihrer sämtlichen Organe sein. Es ist abzuwägen, ob und inwieweit die Handlung des HCFG als Arbeitgeber dem Beklagten im Hinblick auf seine rechtliche und faktische Stellung innerhalb des Vereins - als Administrator und anschliessend als Vereinspräsident - zuzuschreiben ist. Ob ein Organ schuldhaft gehandelt hat, hängt entscheidend von der Verantwortung und den Kompetenzen ab, die ihm von der juristischen Person übertragen worden sind (BGE 111 V 179; 108 V 202).

- b) Der Vorstand des HCFG hat im Herbst 1996 ein Gutachten bei der Treuhandfirma Atag Ernst & Young AG, Bern, in Auftrag gegeben. Diese Firma sollte insbesondere die Jahresrechnungen der Saison 1991/1992 bis 1995/1996 überprüfen ("Rapport relatif à l'examen des comptes annuels 1991/1992 à 1995/1996 et à la présentation de la situation de la fortune au 30 avril 1996").

In ihrem Gutachten vom 20. Januar 1997 hält diese Treuhandfirma insbesondere interne Organisations- und Aufsichtsschwächen sowie eine ungenügende Finanzkontrolle fest: "*[Les] lacunes du système comptable et financier sont, à notre avis, dues à la faiblesse de l'organisation en place, notamment la surveillance à l'intérieur du club durant les périodes sous revue. La responsabilité de la surveillance à l'intérieur du club incombe au comité directeur, au chef des finances et aux collaborateurs chargés des missions de contrôle. Ils peuvent toutefois faire recours à divers moyens techniques ou mesures d'organisation. (...) lesdits contrôles effectués par le comité directeur, le responsable des finances ou d'autres collaborateurs pourraient être effectués soit, librement sur la base d'un jugement personnel, soit sur la base d'une réglementation interne. Tenant compte des erreurs que nous avons constatées durant nos vérifications et selon notre appréciation, les connaissances techniques en matière de contrôle de gestion et/ou l'autorité des personnes chargées du contrôle interne n'étaient pas assez assurées. Par ailleurs, le manque de moyens auxiliaires d'organisation tels que des règlements d'organisation du comité directeur, des descriptions des fonctions*

des membres en charge d'une fonction et/ou la non application de ces derniers ont contribué à ce que les personnes responsables en fonction ne disposaient pas de toutes les informations relatives aux engagements pris par le club durant les périodes comptables.(...) Ce manque de structures claires et précises dans le système a permis que des engagements non comptabilisés ne puissent être détectés par des personnes n'étant pas directement liées à la présentation des comptes annuels" (Gutachten Atag, Ernst & Young, S. 47 und 48).

Das Gutachten zeigt eine Vielzahl von Fehlern und Unterlassungen im Rechnungswesen, insbesondere bei der AHV-Abrechnung, auf: "Les éléments constatés tels que les charges diverses dues mais non provisionnées à la fin des exercices, les décomptes AVS inexacts ainsi que la constatation que des comptes bancaires du club n'étaient pas gérés et/ou contrôlés par le service de comptabilité nous obligent à penser qu'il y a eu négligence dans la tenue des comptes. Nous ne pouvons prendre position quant aux raisons qui ont mené à cette situation, étant donné que nous n'avons pas été en mesure d'élucider s'il s'agissait d'un manque de volonté ou de négligence de la part des personnes responsables du domaine financier au sein du comité. Nous sommes toutefois de l'avis que la situation actuelle aurait pu être évitée s'il n'y avait pas eu de faiblesse au niveau de la surveillance à l'intérieur du club" (Gutachten Atag, Ernst & Young, S. 48).

Die Experten führten schliesslich aus, dass das Rechnungswesen des Vereins während den Saisons 1991/1992 bis 1995/1996 nicht mit der notwendigen Sorgfalt geführt wurde und der Vorstand seiner Aufsichtspflicht nicht nachgekommen ist: "La recherche des pièces comptables et bancaires s'est révélée difficile, voire impossible dans certains cas. Toutes les pièces nécessaires n'ont pas pu être localisées durant nos travaux. (...) En effet, ces divers documents sont classés auprès de plusieurs responsables ou personnes concernées et il ne nous a pas été possible de rechercher toutes ces personnes concernées en temps utile. Vu ce qui précède, nous constatons que la documentation de la comptabilité est insuffisante (...). La comptabilité du club a été tenue par Monsieur P. K. pour la période sous revue. Monsieur P. K. est comptable de profession dans la fiduciaire dirigée par Monsieur Y. C., ancien président du HCFG, à Belfaux. Les conditions générales à une tenue correcte de la comptabilité étaient a priori données. L'impression obtenue durant nos travaux nous porte toutefois à penser que d'une part, le temps consacré à la tenue de la comptabilité n'était pas suffisant, et que, d'autre part, le comptable n'était qu'un exécutant des instructions qui lui étaient données par des membres du comité directeur du club. Le président et le responsable financier auraient pu réagir à certains faits. Nous rappelons que la responsabilité de la surveillance à l'intérieur du club incombe au comité directeur" (Expertise Atag, Ernst & Young, S. 49 ff.).

- c) Der Gerichtshof stellt fest, dass der Beklagte als Vorstandsmitglied (Präsident und Administrator) statutarisch für die finanziellen und administrativen Angelegenheiten des Vereins verantwortlich war (vgl. Art. 40 der Statuten). Als Präsident oblag ihm die Gesamtverantwortung für die operative Vereinsführung. Daraus folgt, dass er als Präsident - auch wenn die finanziellen Angelegenheiten durch den Finanzchef behandelt wurden - zur Kontrolle und Überwachung verpflichtet war und somit wegen unterlassener oder unzureichender Kontrolle in die Pflicht genommen werden kann. Es genügte daher nicht, einen geeigneten Finanzchef auszuwählen. Zwar können einzelne Geschäftsführungsfunktionen delegiert werden. Zur Wahrung der geforderten Sorgfalt gehört jedoch neben der richtigen Auswahl des geeigneten Mandatsträgers auch dessen Instruktion und Überwachung. Der Geschäftsführer kann sich allein durch Delegation der Aufgaben nicht seiner Verantwortung entledigen. Dies gilt für einen Vereinspräsidenten ebenso wie für einen Verwaltungsrat (BGE 123 V 15; AHI 2002 S. 51 Erw. 3a). Diese nicht delegierbare Überwachungsfunktion hat der Beklagte nicht richtig wahrgenommen. Er wäre verpflichtet gewesen, Abklärungen zu treffen sowie eine genaue und strenge Kontrolle hinsichtlich der Beachtung der gesetzlichen Vorschriften auszuüben. In diesem Zusammenhang gilt es festzustellen, wie im Gutachten der Atag, Ernst & Young AG ausgeführt, dass eine Vielzahl von Unregelmässigkeiten, Fehlern und Unterlassungen in der Buchführung des HCFG aktenkundig sind, ohne dass der Beklagte gegen diese Unzulänglichkeiten reagiert hätte. "(...) *la situation actuelle aurait pu être évitée s'il n'y avait pas eu de faiblesse au niveau de la surveillance à l'intérieur du club*" (Gutachten Atag, Ernst & Young, S. 48).
- d) Der Beklagte hat dem HCFG am 28. April 1995 ein Darlehen von 200'000 Franken gewährt. Zu einer Zeit also, als er noch Administrator des Vereins war (vgl. Schreiben von M. B., Finanzchef, an den Beklagten vom 28. April 1995). Dieses Darlehen sei dazu bestimmt gewesen, zu Saisonbeginn 1995/1996 die für den Verein "lebenswichtigen Verpflichtungen", wie Lohnzahlungen und die Befriedigung gewisser Lieferanten, zu erfüllen. Daraus erhellt, dass der Beklagte auch als Administrator, entgegen seinen Vorbringen, von den schwierigen finanziellen Verhältnissen des Clubs Kenntnis hatte. Seine Behauptungen, als Administrator nur für die Aufgaben gemäss dem von ihm eingereichten Pflichtenheft verantwortlich gewesen zu sein und keine Kenntnis der finanziellen Situation des Clubs gehabt zu haben, sind somit als Schutzbehauptungen zu qualifizieren. Mit Übernahme des Amtes als Administrator hat sich der Beklagte den statutarischen Pflichten unterworfen. Er wäre verpflichtet gewesen, Abklärungen zu treffen sowie eine genaue und strenge Kontrolle hinsichtlich der Beachtung der gesetzlichen Vorschriften auszuüben. Ein Vorstandsmitglied kann sich, wenn es wie beim Beitragswesen um die Verantwortung in Geschäften geht, mit denen er sich ihrer Be-

deutung wegen befassen musste, nicht mit dem Einwand exkulpiert, er habe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung gehabt.

Aufgrund der Akten ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass mit dem Zufluss der finanziellen Mittel aus dem Darlehen tatsächlich auch die Absicht bestand, die Beitragsschulden zu begleichen. Gemäss Ausführungen des Beklagten war das Darlehen vielmehr dazu bestimmt gewesen, zu Saisonbeginn 1995/1996 die für den Verein "lebenswichtigen Verpflichtungen", wie Lohnzahlungen und die Befriedigung gewisser Lieferanten zu erfüllen. Für die Beurteilung der Verschuldensfrage ist jedoch nicht entscheidend, was die verantwortlichen Organe zur Aufrechterhaltung des Betriebs oder der Vermeidung eines Konkurses allenfalls unternommen haben, sondern ob sie (nach aussen erkennbar) der Pflicht, für eine ordnungsgemässe Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge zu sorgen, nachgekommen sind.

- e) Der Beklagte machte im Weiteren geltend, dass im Lauf der Saison 1995/1996 ein Sanierungskonzept ausgearbeitet worden sei, das es erlaubt hätte, bis zur Saison 1998/1999 die damals bekannten Schulden zu tilgen. Im damaligen Zeitpunkt habe unter den gegebenen Umständen damit gerechnet werden dürfen, dass die Forderungen der Ausgleichskasse und auch diejenigen sämtlicher Gläubiger beim nicht unwahrscheinlichen Erfolg des Sanierungskonzepts in absehbarer Zeit hätten befriedigt werden können. Es habe die Absicht und der Wille bestanden, innerhalb der veranschlagten Periode ohne gerichtlichen oder aussergerichtlichen Nachlassvertrag den Verein zu sanieren und sämtliche Gläubiger, namentlich auch die Ausgleichskasse, vollständig zu befriedigen.

Der vom Beklagten ins Recht gelegte Sanierungsplan des HCFG vom 29. Februar 1996 besteht lediglich in der Auflistung der Budgets bis und mit Spielsaison 1998/1999 (vgl. 2 Kopien betreffend die Plans d'assainissements A et B vom 29. Februar 1996). Dieser Plan wurde jedoch weder weiter substantiiert noch konkretisiert. Es liegen keine konkreten Sanierungsmaßnahmen des HCFG vor. So wurde der Zufluss neuer finanzieller Mittel bzw. konkrete Massnahmen zum Erreichen der Budgetziele nicht rechtsgenügend konkretisiert oder belegt.

- f) Schliesslich brachte der Beklagte den Einwand vor, dass anlässlich einer Arbeitgeberkontrolle im Jahre 1991 von Seiten der Ausgleichskasse Richtlinien für die künftigen Lohndeklarationen diskutiert und festgehalten worden seien und dass innerhalb des Vereins die für die finanziellen Fragen verantwortlichen Personen in der Folge die Lohnerklärungen in Befolgung dieser Richtlinien eingereicht hätten.

Die Arbeitgeberkontrolle vom 8. bis 10. Oktober 1996 für die Periode von Januar 1992 bis Dezember 1995 hat ergeben, dass der HCFG während dieses Zeitraums den massgebenden Lohn seiner Arbeitnehmer im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG i.V.m. Art. 7 AHVV unvollständig deklariert hat und übermässige Unkostenentschädigungen im Sinne von Art. 9 AHVV in Abzug gebracht hatte. Zweifelsfrei gehören die Leistungen des Arbeitgebers, die in der Übernahme des Arbeitnehmerbeitrages für die AHVG/IV/EO/AVIG sowie der Steuern bestehen zum massgebenden Lohn (vgl. Art. 7 lit. p AHVV). Dasselbe gilt für die Übernahme der Mietzinsen der Spieler durch den HCFG (vgl. Schreiben der Ausgleichskasse an G. B. vom 17. Januar 1997).

- g) Was den weiteren Einwand betrifft, für den während der Periode von *Januar bis Mai 1996* entstandenen Schaden (Rechnungen 1996/0001, 1996/0002, 1996/0004, 1996/0005 und 1996/0007) bestehe keine Haftung, da mit Vereinbarung der Zahlungsmodalitäten vom 29. August 1996 die ehemaligen Organe befreit worden seien, ist darauf hinzuweisen, dass der Tilgungsplan vom 29. August 1996 an der Widerrechtlichkeit der nicht ordnungsgemässen Bezahlung der Beiträge nichts ändert. Die Verschuldensfrage beurteilt sich primär nach den Umständen, die zum Zahlungsrückstand geführt haben. Für die nicht rechtzeitige Bezahlung der paritätischen Beiträge für die Monate Januar bis Mai 1996 liegen keine Exkulpationsgründe vor. Der Beklagte ist in dieser Periode seinen Sorgfaltspflichten als Präsident im Zusammenhang mit der Einhaltung der Beitragszahlungspflicht offensichtlich nur ungenügend bzw. überhaupt nicht nachgekommen.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass gerade in Zeiten mit schwierigem wirtschaftlichem Umfeld nur so viel Lohn ausbezahlt werden darf, als die darauf unmittelbar ex lege entstehenden Beitragsforderungen gedeckt sind (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214). Der Beklagte musste darauf bedacht sein, die ausstehenden Beiträge jederzeit zu entrichten. Die fehlenden finanziellen Mittel stellen keinen Rechtfertigungsgrund dar (ZAK 1985 S. 621 Erw. 4). Dies gilt umso mehr, wenn die verantwortlichen Organe im Zeitpunkt der Nichtleistung der Beitragsausstände bei einer seriösen Beurteilung der Lage anhand objektiver Kriterien nicht ernsthaft damit rechnen konnten, durch das vorübergehende Nichtbezahlen der Sozialversicherungsbeiträge die weitere Existenz des Betriebes zu sichern und die Beitragsschuld innert nützlicher Frist später begleichen zu können, um damit auch die Ausgleichskasse vor Schaden zu bewahren. Dass diese Voraussetzungen in vorliegendem Fall erfüllt waren, lässt sich aufgrund der Akten, namentlich der mindestens seit 1995 aufgetretenen grossen Liquiditätsproblemen und angesichts der seit Beginn des Jahres 1996 bestehenden Schwierigkeiten zur rechtzeitigen Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge, nicht annehmen.

- h) Es stellt sich somit heraus, dass das Verschulden der Arbeitgeberin dem Beklagten anzurechnen ist. Dieser hat die ihm übertragenen Pflichten, namentlich die Überwachung des Abrechnungswesens mit der AHV, nicht richtig wahrgenommen und somit öffentlich-rechtliche Vorschriften zumindest in grobfahrlässiger Weise im Sinne von Art. 52 AHVG verletzt.

(...)

8. b) Entscheidende Bedeutung muss in vorliegendem Fall dem Umstand beigemessen werden, dass der Erlass der Nachzahlungsverfügungen vom 17. Januar 1997 für die Beitragsperiode der Jahre 1992 bis 1995 sowie der Verzugszinsverfügung gleichen Datums in die Zeit vor Gewährung der Nachlassstundung bzw. der Durchführung des Nachlassverfahrens fiel. Die provisorische Nachlassstundung wurde erst mit Entscheid des Präsidenten des Zivilgerichts des Saanebezirks vom 12. August 1997 gewährt. Der HCFG, handelnd durch die in der Saison 1996/1997 amtierenden Vorstandsmitglieder, hat die an den damaligen Präsidenten G. B. adressierten Nachzahlungsverfügungen sowie die Verzugszinsverfügung gleichen Datums nicht angefochten. Diese sind in Rechtskraft erwachsen. Das EVG hat als unerheblich erachtet, dass die Nachzahlungsverfügungen den belangten Organen nicht persönlich eröffnet worden waren (vgl. ZAK 1991 S. 125 Erw. II/1b). Die unterbliebene Anfechtung dieser Nachzahlungsverfügungen kann in vorliegendem Fall dem Beklagten entgegengehalten werden, da die in der Spielsaison 1996/1997 amtierenden Vorstandsmitglieder des HCFG von ihrer Anfechtungsbefugnis Gebrauch gemacht hätten, wenn die verfügungsweise geltend gemachten Forderungen ungerechtfertigt gewesen wären. Dies umso mehr, als der Verein sich zu jener Zeit bereits in einer grossen finanziellen Krise befand. Somit lässt sich die erwähnte Rechtsprechung - dass es unerheblich ist, dass die Nachzahlungsverfügungen den belangten Organen nicht persönlich eröffnet worden waren - in vorliegendem Fall des - im Zeitpunkt des Verfügungserlasses keine Organstellung mehr bekleidenden - Beklagten gleichermassen anwenden (vgl. AHI 1993 S. 172 Erw. 3b, wo diese Frage offen bleiben konnte). Durch die Möglichkeit, gegen die Nachzahlungsverfügungen bzw. gegen die Verzugszinsverfügung Beschwerde zu führen, ist genügend Gewähr dafür geboten, dass die Vorstandsmitglieder der zahlungsunfähig gewordenen Arbeitgeberin nicht mit ungerechtfertigten Schadenersatzforderungen belastet werden. Aus den Akten ergeben sich auch keine Anhaltspunkte für eine zweifellose Unrichtigkeit der durch die Nachzahlungsverfügungen vom 17. Januar 1997 festgesetzten Beiträge.

Darüber hinaus stellt der Gerichtshof fest, dass sich die Einwendungen des Beklagten gegen die verfügungsweise geltend gemachten Forderungen betreffend die geschuldeten Beiträge für die Periode von Januar bis Mai

1996 (Rechnungen 1996/0001; 1996/0002; 1996/0004; 1996/0005 und 1996/0007) einzig in einer pauschalen Bestreitung erschöpft. Der Beklagte legte nicht substantiiert dar, und aus den Akten ist nicht ersichtlich, inwiefern die geltend gemachten Forderungen für diese Periode unrichtig wären. Der Verein hat offensichtlich die an sich monatlich auf Grund einer Pauschale zu leistenden paritätischen Sozialversicherungsbeiträge während oben erwähnter Periode trotz Mahnungen und Betreibungen nicht entrichtet.

Die Rechnung 1997/5004 im Betrag von 4'484.50 Franken beruht auf Verzugszinsen für die Monate Februar (2'310.20 Franken) und März 1996 (2'174.30 Franken; vgl. hierzu die Verzugszinsverfügung der Klägerin vom 12. Dezember 1997) und ist nicht zu beanstanden.

- c) Demnach beträgt der der Ausgleichskasse während der Periode von Januar 1992 bis Mai 1996 entstandene Schaden 350'056.45 Franken.
9. Die Schadenersatzklage der Ausgleichskasse ist demnach gutzuheissen. Der Beklagte ist zu verurteilen, gegen Abtretung der anteilmässigen Dividende im Nachlassverfahren betreffend den Sportverein HCFG, der Klägerin einen Betrag von 350'056.45 Franken zu bezahlen.