

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2002.00031

## vom 26. September 2003

ZH Sozialversicherungsgericht, 2003-09-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2002.00031](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2002.00031)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2002.00031 du 26 septembre 2003

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2002.00031 del 26 settembre 2003

### Erwägungen

#### E. 2

Ä Ä Ä Ä Ä Mit Verfügung vom 20. März 2002 verpflichtete die Ausgleichskasse K.\_\_\_\_, Mitglied des Verwaltungsrates der A.\_\_\_\_ & Co. AG seit Dezember 1991 (Urk. 2/2 S. 2), ihr für entgangene Beiträge Schadenersatz in der Höhe von Fr. 46'918.50 zu leisten, unter Anrechnung einer allfälligen Konkursdividende (Urk. 2/3). Nachdem K.\_\_\_\_, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. René Rigoletti, Zürich, dagegen am 19. April 2002 Einspruch erhoben hatte (Urk. 2/4/1a), reichte die Ausgleichskasse, vertreten durch Fürsprecher Raymonde Zeller-Pauli, Bern, am 21. Mai 2002 Klage auf Schadenersatz im Umfang von Fr. 46'918.50 ein (Urk. 1). In seiner Klageantwort vom 15. August 2002 beantragte K.\_\_\_\_ die Abweisung der Klage, eventualiter die Reduktion des Schadenersatzes nach richterlichem Ermessen (Urk. 9). Mit Replik vom 12. September 2002 (Urk. 15 und Duplik vom 1. Oktober 2002 (Urk. 18) hielten die Parteien an ihren Anträgen fest. Mit Verfügung vom 10. Oktober 2002 wurde der Schriftenwechsel als geschlossen erklärt (Urk. 19).

Das Gericht zieht in Erwägung:

#### 1. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä

1.1 Ä Ä Ä Ä Ä Am 1. Januar 2003 sind das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG) und die Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 11. September 2002 (ATSV) in Kraft getreten und haben in einzelnen Sozialversicherungsgesetzen und -verordnungen zu Revisionen geführt. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist insbesondere zu berücksichtigen, dass das ATSG nun für sämtliche Sozialversicherungszweige ein dem gerichtlichen Beschwerdeverfahren vorgelagertes Einspracheverfahren bei der verfassenden Instanz vorsieht (vgl. Art. 52 ATSG, Art. 56 ff. ATSG). Da vorliegend indes die Klage noch im alten Jahr (am 21. Mai 2002, vgl. Urk. 1) erhoben wurde, sind die zu dieser Zeit geltenden Verfahrensvorschriften anzuwenden (Art. 81 f. der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, AHVV), weshalb das Sozialversicherungsgericht zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist.

1.2 Ä Ä Ä Ä Ä In materiellrechtlicher Hinsicht gilt der allgemeine Übergangsrechtliche Grundsatz, dass der Beurteilung jene Rechtsnormen zu Grunde zu legen sind, die gegolten haben, als sich der zu den materiellen Rechtsfolgen führende Sachverhalt verwirklicht hat (vgl. BGE 127 V 467 Erw. 1, 126 V 136 Erw. 4b, je mit Hinweisen). Da sich der hier zu beurteilende Sachverhalt vor dem 1. Januar 2003 verwirklicht hat, gelangen die materiellen Vorschriften des ATSG und der ATSV sowie die gestützt darauf erlassenen Gesetzes- und Ordnungsrevisionen im vorliegenden Fall noch nicht zur Anwendung. Bei den im

Folgenden zitierten Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen handelt es sich deshalb - soweit nichts anderes vermerkt wird - um die Fassungen, wie sie bis Ende 2002 in Kraft gewesen sind.

## 2. Â Â Â Â Â Â

2.1 Â Â Â Â Nach Art. 52 des Bundesgesetzes Ã¼ber die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grobfahrlÃ¤ssige Missachtung von Vorschriften einen Schaden verschuldet, diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen. Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, so kÃ¶nnen nach stÃ¤ndiger Rechtsprechung des EidgenÃ¶ssischen Versicherungsgerichts subsidiÃ¤r gegebenenfalls die verantwortlichen Organe in Anspruch genommen werden (BGE 123 V 15 Erw. 5b = AHI 1997 S. 208 Erw. 5b, 122 V 66 Erw. 4a, 119 V 405 Erw. 2, je mit Hinweisen). Haben mehrere Arbeitgeber oder mehrere Organe einer juristischen Person einen Schaden verursacht, haften sie solidarisch (BGE 114 V 214 Erw. 3 mit Hinweisen).

Die Vorschriften Ã¼ber die Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG und Art. 81 f. der Verordnung Ã¼ber die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) sowie die dazu entwickelte Rechtsprechung des EidgenÃ¶ssischen Versicherungsgerichts finden mangels eigener Bestimmungen sinngemÃ¤ss Anwendung auf die Invalidenversicherungs- (Art. 66 Abs. 1 des Bundesgesetzes Ã¼ber die Invalidenversicherung), Erwerbsersatzordnungs- (Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes Ã¼ber die Erwerbsersatzordnung fÃ¼r Dienstleistende in Armee und Zivilschutz) und ArbeitslosenversicherungsbeitrÃ¤ge (Art. 88 Abs. 2 des Bundesgesetzes Ã¼ber die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die InsolvenzenschÃ¤digung; BGE 113 V 186) sowie auf die kantonrechtlichen BeitrÃ¤ge fÃ¼r die Familienausgleichskasse (Â§ 33 des Gesetzes Ã¼ber Kinderzulagen fÃ¼r Arbeitnehmer; nicht publiziertes Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts in Sachen A. vom 30. Juni 1997, 2P.251/1996).

## 2.2 Â Â Â Â

2.2.1 Â Â Voraussetzung fÃ¼r eine Haftung nach Art. 52 AHVG ist zunÃ¤chst das Vorliegen eines Schadens. Dieser besteht darin, dass der AHV ein ihr gesetzlich geschuldeter Beitrag entgeht. Die HÃ¶he des Schadens entspricht dabei dem Betrag, dessen die Kasse verlustig geht (Thomas Nussbaumer, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Artikel 52 AHVG, ZAK 1991 S. 383 ff. und 433 ff.). Verwaltungs- und Betreuungskosten, Veranlagungs- und MahngebÃ¼hren sowie die Verzugszinsen bilden Bestandteil des Schadens, welcher der Ausgleichskasse zu ersetzen ist (BGE 121 III 384 Erw. 3bb; vgl. auch BGE 109 V 95 oben, 108 V 197 Erw. 5). Im Hinblick auf die in Art. 14 Abs. 1 AHVG normierte Beitrags- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers gehÃ¶ren auch die ArbeitgeberbeitrÃ¤ge zum massgeblichen Schaden (BGE 98 V 29 Erw. 5).

2.2.2 Â Â Der Schaden gilt als eingetreten, sobald anzunehmen ist, dass die geschuldeten BeitrÃ¤ge aus rechtlichen oder tatsÃ¤chlichen GrÃ¼nden nicht mehr erhoben werden kÃ¶nnen (BGE 121 III 384 Erw. 3bb, 388 Erw. 3a, 113 V 257 f., 112 V 157 Erw. 2, 109 V 92 Erw. 9, je mit Hinweisen). Dies trifft dann zu, wenn die BeitrÃ¤ge im Sinne von Art. 16 Abs. 1 AHVG verwirkt sind (vgl. z.B. BGE 112 V 156, 98 V 26) oder wenn ihre Entrichtung wegen ZahlungsunfÃ¤higkeit des beitragspflichtigen Arbeitgebers nicht mehr mÃ¶glich ist (vgl. z.B. BGE 121 V 234, 240). Im ersten Fall gilt der Schaden als eingetreten, sobald die BeitrÃ¤ge verwirkt sind (BGE 123 V 15 Erw. 5b, 170 Erw. 2a, 112

V 157 Erw. 2, 108 V 194 Erw. 2d, Â Â Â Â je mit Hinweisen). 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 (BGE 123 V 16 Erw. 5b, 170 Erw. 2a, 121 III 384 Erw. 3bb, 113 V 256, 112 V 157 Erw. 2).

Die Ausgleichskasse ist nach der Rechtsprechung nicht befugt, mit der Geltendmachung ihrer Schadenersatzforderung zuzuwarten bis zu jenem Zeitpunkt, in welchem sie das - grundsätzlich erst bei Abschluss des Konkursverfahrens feststehende - absolut genaue Ausmass ihres Verlustes kennt. Vielmehr wird von ihr verlangt, dass sie von dem Zeitpunkt an, in dem sie alle tatsächlichen Umstände über die Existenz, die Beschaffenheit und die wesentlichen Merkmale des Schadens kennt, sich über die Einzelheiten eines allfälligen Schadenersatzanspruchs informiert. Dabei hat sie die Schadenersatzverfäugung bei ungewisser Konkursdividende derart auszugestalten, dass die Belangten zum Ersatz des ganzen der Ausgleichskasse entgangenen Betrages gegen Abtretung einer allfälligen Konkursdividende verpflichtet werden. Dieses auch auf den Gebieten des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts gewählte Vorgehen ist vom Eidgenössischen Versicherungsgericht aus Gründen der Verfahrenseffizienz und der Rechtssicherheit sowie unter dem Gesichtspunkt der Zielsetzung des Schadenersatzrechts auf Forderungen gemäss Art. 52 AHVG und Art. 82 Abs. 1 AHVV sowohl bei Konkursen als auch in Fällen von Nachlassverträgen mit Vermögensabtretung für anwendbar erklärt worden (BGE 116 V 76).

2.2.3 Â Â Nach Art. 82 Abs. 1 AHVV verjährt die Schadenersatzforderung, wenn sie nicht innert Jahresfrist seit Kenntnis des Schadens durch Erlass einer Schadenersatzverfäugung geltend gemacht wird. Bei dieser Frist handelt es sich entgegen dem Wortlaut der Bestimmung um eine Verwirkungsfrist, die von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (BGE 121 III 388 Erw. 3b, BGE 119 V 92 Erw. 3, je mit Hinweisen).

Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 82 Abs. 1 AHVV 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 (BGE 121 III 388 Erw. 3b, 119 V 92 Erw. 3, 118 V 195 Erw. 3a, je mit Hinweisen). Für die Frage nach dem Zeitpunkt der Schadenskenntnis, welche die einjährige Verwirkungsfrist auslöst, ist - im Falle der regelmässig massgeblichen und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) zu veröffentlichenden Auflage des Kollokationsplanes und des Inventars - auf die tatsächliche Einsichtnahme auf dem Konkursamt abzustellen oder - sofern auf diese Vorkehrung verzichtet wird - auf das Ende der Auflagefrist (BGE 121 V 234).

2.3 Â Â Â 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 verfägt werden können. Die Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers ist eine gesetzlich vorgeschriebene öffentlichrechtliche Aufgabe. Dazu hat das Eidgenössische Versicherungsgericht wiederholt erklärt, dass die Nichterfüllung dieser

Öffentlichrechtlichen Aufgabe eine Missachtung von Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG bedeute und die volle Schadensdeckung nach sich ziehe (BGE 118 V 195 Erw. 2a, 111 V 173 Erw. 2, je mit Hinweisen).

2.4 Die wesentliche Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht besteht nach dem Wortlaut des Art. 52 AHVG darin, dass der Arbeitgeber absichtlich oder grobfahrlässig Vorschriften verletzt hat und dass durch diese Missachtung ein Schaden verursacht worden ist (BGE 108 V 186 Erw. 1a mit Hinweisen). Zu ergänzen ist, dass es sich bei der Haftung nach Art. 52 AHVG nicht um eine Kausalhaftung, sondern um eine Verschuldenshaftung handelt, wobei die Schadenersatzpflicht ein qualifiziertes Verschulden voraussetzt. Dementsprechend ist die Nichtabrechnung oder Nichtbezahlung der Beiträge für sich allein nicht haftungsbegründend; vielmehr bedarf es zusätzlich zur Widerrechtlichkeit (Missachtung von Art. 14 Abs. 1 AHVG) eines Verschuldens in Form von Absicht oder grober Fahrlässigkeit. Verwaltung und Sozialversicherungsrichter dürfen sich bei festgestellter Verletzung der AHV-Vorschriften daher nicht auf die Prüfung beschränken, ob Exkulpations- oder Rechtfertigungsgründe vorliegen, sondern haben vorgängig festzustellen, ob ein qualifiziertes Verschulden im Sinne von Art. 52 AHVG anzunehmen ist (BGE 121 V 244 Erw. 5).

Absicht bzw. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind verschiedene Formen des Verschuldens. Art. 52 AHVG statuiert demnach eine Verschuldenshaftung, und zwar handelt es sich um eine Verschuldenshaftung aus öffentlichem Recht. Die Schadenersatzpflicht ist im konkreten Fall nur dann begründet, wenn nicht Umstände gegeben sind, welche das fehlerhafte Verhalten des Arbeitgebers als gerechtfertigt erscheinen lassen oder sein Verschulden im Sinne von Absicht oder grober Fahrlässigkeit ausschliessen. In diesem Sinne ist es denkbar, dass ein Arbeitgeber zwar in vorsätzlicher Missachtung der AHV-Vorschriften der Ausgleichskasse einen Schaden zugefügt, aber trotzdem nicht schadenersatzpflichtig wird, wenn besondere Umstände die Nichtbefolgung der einschlägigen Vorschriften als erlaubt oder nicht schuldhaft erscheinen lassen (BGE 108 V 186 Erw. 1b; ZAK 1985 S. 576 Erw. 2). So kann es sein, dass es einem Arbeitgeber, der sich in schwieriger finanzieller Lage befindet, durch das Nichtbezahlen der Beiträge gelingt, die Existenz seines Unternehmens zu retten. Ein solches Vorgehen führt allerdings nur dann nicht zu einer Haftung gemäss Art. 52 AHVG, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt seiner Entscheidung aufgrund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage damit rechnen durfte, dass er die Forderung der Ausgleichskasse innert nützlicher Frist würde befriedigen können (BGE 108 V 188; ZAK 1992 S. 248 Erw. 4b).

Nicht jedes einer Firma als solcher anzulastende Verschulden muss auch ein solches ihrer sämtlichen Organe sein. Vielmehr hat man abzuwägen, ob und inwieweit eine Handlung der Firma einem bestimmten Organ im Hinblick auf dessen rechtliche und faktische Stellung innerhalb der Firma zuzurechnen ist. Ob ein Organ schuldhaft gehandelt hat, hängt demnach entscheidend von der Verantwortung und den Kompetenzen ab, die ihm von der juristischen Person übertragen wurden (BGE 108 V 202 Erw. 3a; ZAK 1985 S. 620 Erw. 3b). Waren mehrere Verwaltungsorgane im Amt, so ist für jeden von ihnen einzeln zu prüfen, ob sie am Schaden der Ausgleichskasse ein Verschulden trifft. Obliegt die Geschäftsführung einem Mitglied des Verwaltungsrats, so handeln weitere Verwaltungsorgane schuldhaft, wenn sie die nach den Umständen gebotene Aufsicht nicht

ausüben. Setzt sich der Verwaltungsrat aus nur zwei Mitgliedern zusammen, so beurteilen sich - insbesondere wenn sie lediglich kollektiv unterschriftsberechtigt sind - die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle nach einem strengen Massstab (unveröffentlichtes Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts i.S. T. vom 15. Juni 1998 [H 33/98]).

2.5 Schliesslich setzt die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers nach Art. 52 AHVG voraus, dass zwischen der absichtlichen oder grobfahrlässigen Missachtung von Vorschriften und dem eingetretenen Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang gegeben ist (BGE 119 V 406 Erw. 4a mit Hinweisen auf die Lehre, 103 V 123 Erw.

4).

Nach der Rechtsprechung hat ein Ereignis 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, der Eintritt dieses Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (BGE 119 V 406 Erw. 4a mit Hinweisen; vgl. auch BGE 122 V 189 sowie 119 Ib 343 Erw. 3c).

3.

3.1 Unbestritten und aktenkundig ist, dass die Klägerin die massgeblichen Fristen (Verwirkungsfrist des Art. 82 Abs. 1 AHVV, vgl. vorstehende Erw. 2.2.3; Klagefrist gemäss Art. 81 Abs. 3 AHVV) eingehalten hat, und auch der Einspruch des Beklagten rechtzeitig erfolgte (vgl. Urk. 2/4/1a).

3.2 Zum Schadenseintritt ist festzustellen, dass die Klägerin für den Betrag von Fr. 39'687.70 über einen Verlustschein vom 13. August 2001 verfügt (Urk. 2/12). Damit steht der Eintritt des Schadens (zu welchem auch die Verzugszinsen gehören) fest, denn die Beiträge können nicht mehr im Verfahren nach Art. 14 f. AHVG (Betreibung auf Pfändung) erhoben werden. Die nachträgliche Konkursöffnung am 15. Januar 2002 ändert daran nichts; im übrigen gilt auch die Konkursöffnung als Zeitpunkt, in welchem die ausstehenden Beiträge nicht mehr im ordentlichen Verfahren erhoblich gemacht werden können (BGE 123 V 12 ff. Erw. 5c). Eine allfällige Konkursdividende hat die Klägerin dem Beklagten abzutreten (vorstehende Erw. 2.2.2).

3.3 Zum Sachverhalt ist Folgendes zu ergänzen:

3.3.1 Die ursprünglich florierende A. \_\_\_ + Co. AG ging Ende der 80er Jahre an A. \_\_\_ über (Urk. 2/4/1a S. 3 f. Ziff. 3). Dieser war bis zum 17. November 1999 (Tagebucheintrag) Präsident des Verwaltungsrates und Direktor (alleiniger Geschäftsführer) der A. \_\_\_ Gruppe mit Einzelzeichnungsbefugnis (Urk. 2/2). In der Folge (ab 17. November 1999) war A. \_\_\_ bis 6. April 2001 Präsident des Verwaltungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien; wobei der Beklagte, seit 16. Dezember 1991 Verwaltungsratsmitglied, andererseits kollektivzeichnungsberechtigt zu zweien war (Urk. 2/2). Der Beklagte, Cousin von A. \_\_\_, war am 1. April 1955, gemäss eigenen Angaben als Sachbearbeiter in der Abteilung Industrieelektronik ohne leitende Funktion, in die Firma eingetreten. Im Jahr 1994 wurde er (im Zuge von Sanierungsmassnahmen) aus betrieblichen Gründen entlassen. Es besass indes infolge Erbschaft 7 % der Aktien, während A. \_\_\_ 93 % des Aktienkapitals gehörten (vgl. Urk. 2/4/1a S. 3 f. Ziff. 3 und S. 4 f. Ziff. 4 lit. a-c).

Mit dem Niedergang der Geschäftstätigkeit in der Unterhaltungselektronik (kein Exklusivvertrag mit C. \_\_\_ mehr, Entlassung aller Mitarbeiter) wurde die A. \_\_\_ + Co. AG im Jahr 1994 erstmals saniert. Seit diesem Zeitpunkt war die A. \_\_\_ + Co. AG nur noch als Immobilienfirma tätig; ihr einziges Aktivum bestand in ihrer Geschäftsliegenschaft in Zürich (Urk. 2/4/4 S. 3 f.; Urk. 2/12 S. 2). Den Berichten der Revisionsstelle an die Generalversammlung ist zu entnehmen, dass die A. \_\_\_ + Co. AG von 1992 bis ins Geschäftsjahr 1995/96 überschuldet war und - teils mit Unterstützung von Banken Sanierungsmassnahmen durchgeführt wurden (Urk. 2/4/6a-d). Im Bericht zur Jahresrechnung 1996/97 stellte die Revisionsgesellschaft fest, dass bei Aufwertung der Immobilien um rund Fr. 10,5 Mio die Unterbilanz beseitigt sei (vgl. Art. 670 OR) und empfahl die Jahresrechnung mit einem Bilanzverlust von knapp Fr. 11 Mio zu genehmigen (Urk. 2/4/6e). Im Bericht vom 12. Oktober 2000 zu den Jahresrechnungen 1997/98 und 1998/99 vermerkte die Revisionsgesellschaft, dass sie in der Vergangenheit verschiedentlich versucht habe, die Buchführungen und die Jahresrechnungen für die erwähnten Geschäftsjahre von den verantwortlichen Organen der Gesellschaft zur Prüfung zu erhalten. Sie sei immer wieder darüber orientiert worden, dass die Erstellung dieser Unterlagen in Arbeit sei, die Arbeiten aus verschiedenen Gründen jedoch nicht hätten abgeschlossen werden können. Es sei nun von der Gesellschaft erklärt worden, dass die Buchführung nie erstellt und die Belegsammlung für diese Zeit aus Irrtum vernichtet worden sei. Da ihr, der Revisionsgesellschaft, die Aufgabenerfüllung somit nicht mehr möglich sei, trete sie von ihrem Amt als Revisionsstelle der Gesellschaft zurück (Urk. 2/4/6f).

A. \_\_\_ wurde am 6. April 2001 als Verwaltungsrat abgewählt, und am 4. Juli 2001 wurde der Konkurs über ihn eröffnet. Am 10. Dezember 2001 stellte der Verwaltungsrat das Gesuch um Konkurseröffnung der A. \_\_\_ + Co. AG ohne vorgängige Betreuung (Urk. 2/4/4). Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 3. Juli 2001 wurde A. \_\_\_ wegen mehrfachen Betrugs, Urkundenfälschung, Kreditkartenmissbrauch in einem Fr. 2 Mio übersteigenden Betrag (zum Nachteil insbesondere der Fürsorgestiftung und des Wohlfahrtsfonds) zu 18 Monaten Gefängnis bedingt mit dreijähriger Probezeit verurteilt (Urk. 2/4/4 S. 5 Ziff. 2). Ein weiteres Strafverfahren, eingeleitet durch die Gesellschaft und den Beklagten (Urk. 2/4/2/1 S. 1), ist noch pendent (Urk. 20).

3.3.2.2 Die Schadenersatzforderung der Klägerin gründet auf ihrer Verfügung vom 20. März 1998, worin die A. \_\_\_ & Co. AG zu Nachtragszahlungen für nicht entrichtete und nicht abgerechnete Beiträge (inkl. Verwaltungskosten und Verzugszins von Fr. 3'349.45, vgl. Urk. 2/8 S. 1) in der Höhe von total Fr. 39'265.80 verpflichtet wurde (vorstehende Ziff. 1 des Sachverhalts).

Die nachträgliche Beitragsforderung war entstanden, weil A. \_\_\_ in der Lohnbescheinigung 1993 zunächst einen Jahreslohn von Fr. 403'663.-- angegeben hatte, diese Lohnhöhe jedoch mit Schreiben vom 28. Januar 1994 um Fr. 160'102.-- reduziert worden war, da A. \_\_\_ von Juni 1993 bis November 1993 keinen Lohn, sondern im Jahr 1993 gesamthaft nur Fr. 243'561.-- bezogen und der Ausgleichskasse deklariert hatte (vgl. Urk. 2/7/1-4; Urteil des Sozialversicherungsgericht vom 20. Juni 2000, Urk. 2/9 S. 4 Erw. 2c). Anlässlich der Arbeitgeberkontrolle stellte der Revisor am 4. Februar 1998 fest, dass A. \_\_\_ in den Jahren 1994/95 die Restanz in der Höhe von Fr. 147'504.55, welche als Lohnrückzahlung verbucht war, bezogen und der Ausgleichskasse nicht gemeldet hatte (Urk. 10/4; Urk. 10/5; Urk. 10/6 S. 1 und 2; Urk. 2/4/1c S. 1; Urk. 2/8). A. \_\_\_ waren dabei

nebst den üblichen Bezügen am 23. Dezember 1994 Fr. 10'000.--, am 30. Januar 1995 und 24. Februar 1995 je Fr. 20'000.-- sowie am 20. November 1995 Fr. 97'504.55 ausbezahlt worden (Urk. 2/7/1). Diese als Lohnrückzahlung verbuchten Bezüge sowie nicht bescheinigte Lohnzahlungen an B. in der Höhe von Fr. 125'653.-- (Urk. 2/7/1 S. 3 f.) führten zur nachträglichen Beitragsverfügung der Klägerin vom 20. März 1998 (vgl. Urk. 2/8).

Mit Urteil des Sozialversicherungsgerichts vom 20. Juni 2000 wurde die dagegen erhobene Beschwerde der A. + Co. AG betreffend nachträglich veranlagter Beiträge abgewiesen. Im Urteil wurde ausgeführt, mangels aussagekräftiger Unterlagen bezüglich der behaupteten Darlehensgewährung und Liquiditätskrise sowie aufgrund der Verbuchung als Erwerbseinkommen seien die strittigen Zahlungen als Erwerbseinkommen zu werten, weshalb die Veranlagung der paritätischen Beiträge zu Recht erfolgt sei (Urteil des Sozialversicherungsgerichtes vom 20. Juni 2000 im Verfahren AB.1998.00273, Urk. 2/9 Erw. 2c-d).

3.3.3 Der Beklagte führte in der Klageantwort im Wesentlichen an, bei dem der Nachtragszahlung zugrunde liegenden Betrag handle es sich nicht um Erwerbseinkommen, sondern um Veränderungen des ehemaligen Geschäftsführers und Präsidenten des Verwaltungsrates A. Auf solchen Bezügen seien keine Beiträge geschuldet (Urk. 9 S. 6-11).

3.3.4 Im erwähnten Urteil des Sozialversicherungsgericht vom 20. Juni 2000 (vgl. Sachverhalt Ziff. 1) hatte das Gericht die Bezüge als Lohn (und nicht als Darlehensrückzahlungen) qualifiziert; die Delinquenz von A. war dem Gericht nicht bekannt gewesen. Zu prüfen ist, ob trotz des rechtskräftigen Urteils die Frage der Qualifikation des hier in Frage stehenden Bezugs von A. in der Höhe von Fr. 147'504.55 einer nochmaligen Überprüfung zugänglich ist. Gemäss Art. 29 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) kann gegen rechtskräftige Entscheide des Gerichts Revision verlangt werden wegen Entdeckung neuer Tatsachen oder Beweismittel oder wegen Einwirkung durch Verbrechen oder Vergehen. Das Revisionsgesuch ist innert 90 Tagen, von der Entdeckung des Revisionsgrundes an gerechnet, beim Gericht schriftlich einzureichen (Art. 30 GSVGer).

Der Beklagte erhielt seinen Aussagen zufolge am 11. Januar 2001 durch den zugestellten Zahlungsbefehl Kenntnis des zusätzlichen Lohnbezugs von A. (Urk. 2/4/1a S. 2; Urk. 2/4/1c). Gleichentags erstattete der Beklagte Strafanzeige gegen A. (Urk. 2/4/2/1-2; Urk. 10/1 S. 1, Urk. 2/4/1c). Eine Revision des Urteils vom 20. Juni 2000 hat der Beklagte jedoch nicht verlangt. Die 90-tägige Frist des Art. 30 GSVGer (ab Entdeckung des Revisionsgrundes) gilt bezüglich neuer Tatsachen nicht erst, wenn die Tatsache sicher bewiesen werden kann, sondern es genügt ein auf sicherer Grundlage fussendes Wissen (Frank/Sträubli/Messmer, Kommentar zur ZPO, Zürich 3. Auflage, Zürich 1997, N 1 zu Art. 295 mit Hinweis, in Verbindung mit Art. 28 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht).

Aus dem Einspruch des Beklagten vom 19. April 2002 und den damit eingereichten Akten (Urk. 2/4/1-4/7/e) geht hervor, dass der Rechtsvertreter des Beklagten bereits im März 2001 wegen des hier in Frage stehenden Lohnbezugs Strafanzeige mit detaillierter Schilderung der Sachlage eingereicht hatte, einschliesslich einer Liste der häufigsten Strafverfahren, die durch Strafanzeigen zwischen Januar 2001 und Januar 2002 eingeleitet

worden waren. In der Klageantwort vom 15. August 2002 (Urk. 9) zitierte der Beklagte verschiedentlich aus einem zusammenfassenden Bericht der Kantonspolizei ZÃ¼rich vom 27. Juni 2002, der von ihm auszugsweise ins Recht gelegt wurde (Urk. 10/3). Ebenso zitierte er ein Einvernahmeprotokoll der Kantonspolizei ZÃ¼rich Ã¼ber eine Einvernahme von A.\_\_\_\_ vom 1. Juni 2001 (vgl. Urk. 9 S. 9 f.; Urk. 10/9). Aufgrund dieser Unterlagen ist im Verlauf des Jahres 2001, sicher aber seit Sommer 2002 beziehungsweise bei Einreichen der Klageantwort am 15. August 2002 ein gefestigtes und sicheres Wissen des Rechtsvertreters des Beklagten bezÃ¼glich der behaupteten PlÃ¼nderungsÃhandlungen und der daraus abgeleiteten Bestreitung des Lohncharakters der fraglichen Nachzahlungen anzunehmen. Da somit trotz genÃ¼gend gefestigter Kenntnis des Revisionsgrundes kein Revisionsbegehren gestellt wurde, ist die 90-tÃgige Frist zur Stellung des Revisionsbegehrens abgelaufen, weshalb auf die Qualifikation der LohnbezÃ¼ge nicht zurÃ¼ckzukommen ist. Sodann hat der Beklagte kein WiedererwÃgungsgesuch an die KlÃgerin gestellt.

Damit bleibt es beim Urteil des Sozialversicherungsgerichts vom 20. Juni 2000, wonach es sich bei den BezÃ¼gen um Lohn handelte und die Beitragsforderung zu Recht erhoben wurde.

Da die Delinquenz von A.\_\_\_\_ mit Bezug auf die hier in Frage stehenden BezÃ¼ge insofern unklar ist, als lediglich die Angemessenheit der (korrekt verbuchten) LohnhÃ¶he in Frage steht, SalÃre von GeschÃftsfÃ¼hrern in der GrÃ¶ssenordnung von rund Fr. 400'000.-- jedenfalls nicht unÃ¼blich sind und das Beitragsverfahren nicht dazu fÃ¼hren kann, dass die Ausgleichskasse die Angemessenheit der LohnhÃ¶he zu Ã¼berprÃ¼fen hat, ist die vom Beklagten angefÃ¼hrte Delinquenz von A.\_\_\_\_ auch nicht als massgeblicher neuer Sachverhalt zu betrachten, welcher die materielle Rechtskraft des ergangenen Urteils in Frage stellen kÃ¶nnte (vgl. Frank/StrÃ¼li/Messmer, a.a.O., N 5 ff. zu Â§ 191).

4.ÃÃÃÃÃ Damit sind die weiteren Haftungsvoraussetzungen, insbesondere das Verschulden, zu prÃ¼fen.

4.1.ÃÃ Der Beklagte gehÃ¶rte wie erwÃhnt ab 16. Dezember 1991 dem Verwaltungsrat an (Kollektivprokura zu zweien beziehungsweise ab 17. November 1999 Kollektivunterschrift zu zweien). In der fraglichen Zeit, ab Juli 1994, waren der Beklagte und A.\_\_\_\_ die einzigen VerwaltungsÃratsmitglieder (A.\_\_\_\_ mit EinzelunterschriftsÃberechtigung bis 17. November 1999, mit Kollektivunterschrift zu zweien ab diesem Zeitpunkt). Ab 6. April 2001 (Tagebucheintrag) schied A.\_\_\_\_ aus, wÃhrend zwei neue Mitglieder (F.\_\_\_\_, G.\_\_\_\_) dem Verwaltungsrat beitraten; der Beklagte blieb Verwaltungsratsmitglied ohne Zeichnungsberechtigung (Urk. 2/2).

4.2.ÃÃ Die KlÃgerin begrÃ¼ndete das Verschulden mit der ungenÃ¼genden Wahrnehmung der Kontroll- und Ãberwachungspflicht durch den Beklagten. Es habe keineswegs genÃ¼gt, sich lediglich mit den Darstellungen des VerwaltungsratsprÃsidenten A.\_\_\_\_ abzufinden, ohne jemals Einblick in die GeschÃftsbooks zu verlangen. Trotz der verwandtschaftlichen Bande sei es dem Beklagten zuzumuten gewesen, sich bezÃ¼glich der finanziellen Situation Einblick zu verschaffen und sich Ã¼ber den GeschÃftsgang genau zu erkundigen. Der Beklagte habe dies nicht getan, sondern kurzerhand darauf vertraut, dass die mit der Abrechnung und Ablieferung der SozialversicherungsbeitrÃge betrauten Organe ihre Aufgabepflicht gemÃss erfÃ¼llen wÃ¼rden. Als er gemerkt habe, dass ihm A.\_\_\_\_ nichts habe

bekannt geben wollen, hätte der Beklagte das Mandat nicht annehmen beziehungsweise niederlegen müssen (Urk. 1 S. 10 f.; vgl. auch Urk. 15).

Der Beklagte macht dagegen geltend, dass er seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen sei. So treffe keineswegs zu, dass er sich bezüglich seiner Kontroll- und Überwachungsfunktionen jeweils lediglich mit den entsprechenden positiven Darstellungen des Verwaltungsratspräsidenten A. \_\_\_ begnügt habe. Vielmehr habe er, der Beklagte, die Finanz- und Liquiditätsslage genau verfolgt. Die Revisionsberichte hätten ab dem Geschäftsjahr 1992/93 eine Überschuldung festgestellt. Die Belegschaft sei von 120 Personen fast auf Null reduziert und er selber im Jahr 1994 entlassen worden. Da er selber mit Fr. 4 Mio Bürgerschaft und Pfandbestellung im Obligo gewesen sei, habe er sich genau nach den finanziellen Belangen erkundigt. Die desolaten Zahlen seien auf den Tisch gelegt worden; die Situation sei auch bezüglich des Personals im Verwaltungsrat diskutiert worden ebenso wie die Sanierungsmassnahmen der I. \_\_\_ Consulting und der Revisionsstelle. Die entsprechenden schriftlichen Unterlagen seien von A. \_\_\_ im Zuge seiner Delinquenz vernichtet worden. Von dessen Machenschaften habe er, der Beklagte, im damaligen Zeitpunkt keine Kenntnis gehabt. Anlässlich des Zahlungsbefehls vom 4. Januar 2001 habe er zudem erstmals von den Schwierigkeiten mit der Sozialversicherung erfahren (Urk. 9 S. 2 f. Ziff. 04). Er, der Beklagte, sei nicht einfach vertrauensselig gewesen; auch andere, etwa die mobilezone ag, seien von A. \_\_\_ hinter's Licht geführt worden. Ohne eine gewisse Vertrauensgrundlage lasse sich ein Unternehmen nicht führen, indes habe er, der Beklagte, das von einem vernünftigen Dritten geforderte Sorgfaltsmass eingehalten. Die Straftaten von A. \_\_\_ seien derart komplex und raffiniert gewesen, dass sie längere Zeit im Verborgenen geblieben seien. Er, der Beklagte sei nicht geschäftsführender Verwaltungsrat und im fraglichen Zeitraum nicht mehr in der Firma tätig gewesen. Er habe für die A. \_\_\_ + Co. AG Sicherheiten in der Höhe von Fr. 4 Mio geleistet, was auch das Beibehalten seines Verwaltungsratsmandats bis zur Konkursöffnung erkläre. Eine Entschädigung habe er nicht bezogen. Als nicht geschäftsführender Verwaltungsrat habe er sich auf die Überprüfung der Tätigkeit der Geschäftsleitung und des Geschäftsganges beschränken dürfen. Zur damaligen Zeit habe es keine Verdachtsmomente gegeben. Daher sei höchstens auf eine geringe Fahrlässigkeit zu erkennen (Urk. 9 S. 13 f. Ziff. 10-11).

4.3 Es steht fest, dass seit dem Geschäftsjahr 1997/98 in der A. \_\_\_ + Co. AG keine Buchhaltung mehr geführt wurde. Die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft war bescheiden und bestand lediglich in der Verwaltung der Liegenschaft. Bereits im Jahr 1993 waren nur noch 11 Mitarbeitende angestellt gewesen (Urk. 2/7/3); im Jahr 1994 wurden alle Mitarbeitenden, einschliesslich des Beklagten, entlassen (Urk. 2/4/4 S. 3; vorstehende Erw. 3.3.1 und 4.2). Nach Aussagen von A. \_\_\_ bestand dessen Tätigkeit nur noch darin, die Geschäftsliegenschaft zu verwalten und die angestellte Sekretärin zu bezahlen (Urk. 10/9 Ziff. 55).

Nach der Rechtsprechung beurteilt sich bei diesen Verhältnissen (überschaubare Verhältnisse aufgrund der Grösse der Gesellschaft/ zwei Verwaltungsräte, ab 17. November 1999 mit Kollektivunterschrift) nach einem strengen Massstab (vorstehende Erw. 2.4): Einem Verwaltungsrat kommt, solange er die formelle Organstellung beibehält, die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe zu, die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die

Befolgung der Gesetze, auszuüben (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR), zu welchem Zweck er über ein Recht auf Auskunft und Einsicht verfügt (Art. 715a OR). Obliegt die Geschäftsführung einem Mitglied des Verwaltungsrates, so handeln weitere Verwaltungsratsmitglieder im Sinne von Art. 52 AHVG qualifiziert schuldhaft, wenn sie die nach den Umständen gebotene, sich auch auf das Beitragswesen erstreckende Aufsicht nicht ausüben, wobei sich die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle bei einem aus nur wenigen Personen zusammengesetzten Verwaltungsrat nach einem strengen Massstab beurteilen. Als grobfahrlässig gilt gerade auch die Passivität faktisch von der Geschäftsführung ausgeschlossener Verwaltungsräte, welche sich um so nachhaltiger um Einblick in die Geschäftsbücher zu bemühen haben. Ein Verwaltungsrat kann sich, wenn es wie beim Beitragswesen um die Verantwortung in Geschäften geht, mit denen er sich ihrer Bedeutung wegen befassen musste, nicht mit dem Einwand exkulpieren, er habe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung gehabt. Nach der Rechtsprechung begründet die Nichtausübung von verwaltungsrätlichen Kontrollrechten Grobfahrlässigkeit hinsichtlich der Schadensverschuldung selbst und gerade dann, wenn sich jemand einer Firma als blosser Strohmann für den Verwaltungsrat zur Verfügung stellt (Urteil des EVG vom 4. Juli 2002 in Sachen Z., W., K. und R., Nr. H 238/01 Erw. 5b mit Hinweisen). Von seinen Aufsichtspflichten kann sich ein Verwaltungsrat auch nicht durch Delegation der Aufgaben entledigen (Urteil des EVG vom 17. Juni 2003 in Sachen W., Nr. H 26/03 Erw. 3.2 mit Hinweisen).

Vorliegend sind keine Bemühungen dargetan oder belegt, nach welchen der Beklagte vertieften Einblick in die finanziellen Belange der Firma verlangt hätte. Das Studium der Revisionsberichte genügt dabei für einen Verwaltungsrat nicht, abgesehen davon, dass diese ab dem Geschäftsjahr 1997/98 gar nicht mehr erstellt wurden. Der Beklagte liess es damit in erheblicher Weise an Bemühungen um Einblick in die finanzielle Situation der Gesellschaft beziehungsweise an der Wahrnehmung der Aufsichts- und Kontrollpflicht fehlen.

Zwar ist davon auszugehen, dass ihm A. \_\_\_ bei Fragen nach den finanziellen Belangen der Firma kaum die relevanten Auskünfte, womöglich auch nicht die Tatsache eines nachträglichen Lohnbezugs, der Nachtragsverfügung der Beschwerdegegnerin oder der Beschwerdeerhebung, erteilt hätte. Indes war die Gesellschaft in den Jahren 1992-1996 überschuldet, und es wurden, wie erwähnt, Sanierungsmassnahmen durchgeführt. In dieser Situation wäre der Beklagte verpflichtet gewesen, sich einen Überblick über die dringenden Verbindlichkeiten und deren Bedeutung zu verschaffen, und er hätte namentlich etwa Einsicht in die damals noch geführte Buchhaltung nehmen müssen. Er hätte wissen müssen, dass und wieviel AHV-Beiträge noch zu bezahlen waren, und er hätte dafür sorgen müssen, dass mit den Löhnen auch die Beiträge bezahlt würden (BGE 109 V 89 Erw. 6). Er hätte überdies besorgt sein müssen, dass keine weiteren Beitragsausstände entstehen würden, denn massgebender Lohn darf nur in dem Umfang ausgerichtet werden, als die darauf geschuldeten, unmittelbar mit der Lohnauszahlung anfallenden Beitragsverbindlichkeiten bezahlt oder doch wenigstens sichergestellt werden können (BGE 118 V 195 Erw. 2a, SVR 2003 AHV Nr. 1 S. 1). Daher hätte der Beklagte grundsätzlich bereits zu diesem Zeitpunkt Kenntnis von den ausbezahlten Löhnen beziehungsweise von den anfallenden Sozialversicherungsbeiträgen haben müssen, dies um so mehr, als die Lohnbezüge ordnungsgemäss verbucht gewesen waren.

Die Tatsache, dass ab Ende 1997 keine Buchhaltung mehr geführt wurde, hätte den Beklagten sodann generell zur Vorsicht und zur Überwachung der Geschäftstätigkeit von A.\_\_\_\_ veranlassen müssen. Jedenfalls hätte der Beklagte nach einer gewissen Zeit - wohl etwa Mitte des Jahres 1998 - alarmiert sein und eine Überwachung sämtlicher Verpflichtungen veranlassen müssen, gerade beziehungsweise um so mehr bei weiterem Hinhalten oder Ausflüchten von A.\_\_\_\_ und auch ohne Kenntnis der Vernichtung der Unterlagen. Der Beklagte wäre verpflichtet gewesen, sich einen Überblick über die hängigen Verbindlichkeiten und deren Bedeutung zu verschaffen. Angesichts der fehlenden Buchhaltung wäre ihm überdies eine Nachfrage bei der Ausgleichskasse (wie auch bei anderen Geschäftspartnern) nach allfälligen Ausständen zuzumuten gewesen, zumal bei der weitgehend inaktiven Firma überschaubare Verhältnisse vorlagen und der buchhaltungslose Zustand während langer Zeit andauerte. Dies gilt um so mehr, als der Verwaltungsrat für jedes Geschäftsjahr einen Geschäftsbericht zu erstellen hat, welcher an der Generalversammlung abzunehmen gewesen wäre und auch von daher Warnzeichen und dringender Handlungsbedarf bestanden hätten (vgl. Art. 698, Art. 699 und Art. 729c OR sowie Art. 7-9, Art. 20 der Statuten der A.\_\_\_\_ & Co. AG, Urk. 10/11).

Hinzu kommt, wie erwähnt, dass die Gesellschaft seit Jahren verschuldet war und die Unterbilanz nur durch Aufwertung beseitigt wurde. Auch dies hätte den Beklagten zur Sorgfalt anhalten müssen. Ab November 1999 war A.\_\_\_\_ zudem die Einzelunterschrift entzogen worden, was eher auf einen Vertrauensschwund gegenüber A.\_\_\_\_ deutet und den Beklagten weiter zu erhöhter Vorsicht hätte anhalten müssen. Der Beklagte brachte indes nichts vor, was darauf schliessen lassen würde, dass er A.\_\_\_\_ zur Erstellung einer Buchhaltung gedrängt, dass er substantielle Auskünfte von ihm verlangt oder dass er versucht hatte, selbst einen Überblick über die finanziellen Belange der Firma zu erhalten, noch liegen Akten im Recht, welche Anhaltspunkte für eine solche Annahme böten (vgl. Urk. 9 S. 3 ). Der vorliegende Fall unterscheidet sich daher wesentlich vom Entscheid des EVG vom 25. Juli 2000, Nr. H 319/99.

Angesichts der mehrjährigen Untätigkeit des Beklagten bezüglich Aufsicht und Kontrolle trotz zahlreicher Warnzeichen ist dessen qualifiziertes Verschulden zu bejahen.

4.4 Die Delinquenz von A.\_\_\_\_ vermag angesichts der langjährigen, vollständig fehlenden Wahrnehmung von Kontroll- und Aufsichtspflichten keinen Grund zur Annahme einer Herabsetzung des Schadenersatzes im Sinne eines Mitverschuldens zu bilden (vgl. Urk. 9 S. 13 f.). Vielmehr hätte gerade die Ausübung der gesetzlichen Pflichten eines Verwaltungsrats durch den Beklagten zur womöglich früheren Entdeckung des deliktischen Verhaltens geführt. Die Machenschaften von A.\_\_\_\_ führten sodann vor allem zu den Betrugsfällen; hingegen war der hier in Frage stehende Bezug ordnungsgemäss verbucht, und es bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Beklagte den Lohnbezug infolge betrügerischer Machenschaften von A.\_\_\_\_ nicht entdeckt hätte. Im Übrigen kann - wie ausgeführt - ein Verwaltungsrat sich nicht von seinen gesetzlichen Pflichten dadurch exkulpieren, indem er geltend macht, er habe keinen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit gehabt; die Nichtausübung gesetzlicher Pflichten begründet gerade den Vorwurf eines qualifizierten Verschuldens.

Der Beklagte kann sich schliesslich nicht darauf berufen, das von A.\_\_\_\_ mit Eingabe vom 6. April 1998 heimlich in Gang gesetzte Beschwerdeverfahren sei vom 17. November 1999

an in einen Zeitraum gefallen, in welchem dem Beschwerdeführer die Einzelunterschriftsberechtigung entzogen worden sei, was die Klägerin nicht bemerkt habe (Urk. 9 S. 15 f. Ziff. 13). Vielmehr hätte es am Beklagten gelegen, die nötigen Schritte zu seiner Orientierung einzuleiten. Schliesslich bildet weder der Umstand, dass der Beklagte kein Honorar bezog noch die Tatsache, dass der Beklagte Sicherheiten für die A. \_\_\_ & Co. im Umfang von 4 Mio. leistete (Urk. 9 S. 15 Ziff. 12; Urk. 2/4/7) einen Reduktionsgrund. So bildet die ehrenamtliche Tätigkeit als solche keinen Herabsetzungsgrund (vgl. AHI 2002 S. 52 f. Erw. 3b-c), abgesehen davon, dass der Beklagte als Aktienbesitzer (Zweitaktionär neben A. \_\_\_, vgl. vorstehende Erw. 3.3.1) Firmeninhaber war. Im Übrigen ist gerade bei Leistung eigener Sicherheiten und angesichts der Stellung als Mitaktionär

um so weniger verständlich, weshalb sich der Beklagte nicht intensiver um die Belange der Firma kümmerte.

Das Vorliegen eines Herabsetzungsgrundes ist daher zu verneinen.

5. Zu bejahen ist schliesslich auch der Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden. Die Gesellschaft war zwar wie erwähnt seit langem verschuldet, und gemäss Gesuch um Konkursöffnung standen Fr. 20 Mio Aktiven Passiven von Fr. 24,5 Mio gegenüber (Urk. 2/4/4). Das einzige Aktivum, die Liegenschaft, war gemäss Angaben über den Pfändungsvollzug (28. Februar 2001) erheblich überbelastet (Urk. 2/12). Indes ist aufgrund der hier in Frage stehenden, verhältnismässig geringen Beitragsforderung sowie der Eingabe der Klägerin im Konkurs (Urk. 2/6) davon auszugehen, dass ansonsten keine wesentlichen Ausfälle bestanden und die Gesellschaft ihrer Beitragszahlungspflicht - abgesehen von der hier in Frage stehenden Beitragsforderung - nachzukommen vermochte und dazu - jedenfalls zur Zeit der Nachtragsverfugung - auch bezuglich des hier in Frage stehenden Beitragsausstandes in der Lage gewesen wäre. Daher ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die A. \_\_\_ + Co. AG zur Bezahlung dieser (verhältnismässig geringen) Forderung zur fraglichen Zeit noch in der Lage gewesen wäre.

6. Soweit der Schaden die Beitragsforderung (einschliesslich Verwaltungskosten und Verzugszins) in der Höhe von Fr. 39'265.80 betrifft, so beruht diese auf einer rechtskräftigen Verfugung und ist der Überprüfung nicht mehr zugänglich, zumal keine Hinweise für eine offensichtliche Unrichtigkeit der Verfugung bestehen (AHI 1993 S. 172 f. Erw. 3a/b mit Hinweisen).

Bezuglich der Verzugszinsberechnung (vgl. Urk. 2/13) sind Einwände weder geltend gemacht noch ersichtlich. Zieht man vom gesamthaft berechneten Verzugszins von Fr. 11'080.25 (Fr. 7631.70 + Fr. 3'448.55, vgl. Urk. 2/13) den bis zum Verfugungszeitpunkt vom 20. März 1998 berechneten Verzugszins in der Höhe von Fr. 3'349.45 ab (Urk. 2/8), ergibt sich ein Verzugszins im Betrag von Fr. 7'730.80 ab Verfugungsdatum und ein gesamter Schadensbetrag von Fr. 46'996.60 (Fr. 39'265.80 + Fr. 7'730.80). Da dieser Betrag über dem eingeklagten Schadenersatz von Fr. 46'918.50 liegt, kann offenbleiben, worauf die geringe Differenz zurückzuführen ist.

Die Klage ist daher im eingeklagten Umfang gutzuheissen.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Klage wird der Beklagte - gegen Abtretung einer allfälligen Konkursdividende - verpflichtet, der Klägerin Schadenersatz in der Höhe von Fr. 46'918.50 zu bezahlen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Försprecher Raymonde Zeller-Pauli

- Rechtsanwalt Dr. René Rigoletti

- Bundesamt für Sozialversicherung

4. Gegen diese Entscheidung kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgenössischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugehörige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die beschwerdeführende Person sie in Händen hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

Bezüglich Beiträge an die Familienausgleichskasse ist kein ordentliches Rechtsmittel gegeben.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.