

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2002.00062 vom 27. Oktober 2003

ZH Sozialversicherungsgericht, 2003-10-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2002.00062

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2002.00062 du 27 octobre 2003

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2002.00062 del 27 ottobre 2003

Erwägungen

E. 2

2.1 Nach Art. 52 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften einen Schaden verschuldet, diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen. Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, so können nach ständiger Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts subsidiär 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 über die Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG und Art. 81 f. der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) sowie die dazu entwickelte Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts finden mangels eigener Bestimmungen sinngemäss Anwendung auf die Invalidenversicherungs- (Art. 66 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung), Erwerbsersatzordnungs- (Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende in Armee, Zivildienst und Zivilschutz) und Arbeitslosenversicherungsbeiträge (Art. 88 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzscheidung; BGE 113 V 186) sowie auf die kantonalrechtlichen Beiträge für die Familienausgleichskasse (§ 33 des Gesetzes über Kinderzulagen für Arbeitnehmer; nicht publiziertes Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts in Sachen A. vom 30. Juni 1997, 2P.251/1996).

E. 2.2

Voraussetzung für eine Haftung nach Art. 52 AHVG ist zunächst das Vorliegen eines Schadens. Dieser besteht darin, dass der AHV ein ihr gesetzlich geschuldeter Beitrag entgeht. Die Höhe 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 Mahngebühren 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 gehören auch die Arbeitgeberbeiträge zum massgeblichen Schaden (BGE 98 V 29 Erw. 5).

2.3 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 entÄrichten hat. Die Arbeitgeber haben den Ausgleichskassen periodisch AbrechÄnungsunterlagen Äber die von ihnen an ihre Arbeitnehmer ausbezahlten LÄhne zuzustellen, damit die entsprechenden paritÄrtischen BeitrÄge ermittelt und verÄfÄgt werden kÄnnen. Die Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des ArbeitÄgebers ist eine gesetzlich vorgeschriebene Äffentlichrechtliche Aufgabe. Dazu hat das EidgenÄssische Versicherungsgericht wiederholt erklÄrt, dass die NichtÄerfÄllung dieser Äffentlichrechtlichen Aufgabe eine Missachtung von VorschrifÄten 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).

2.4ÄÄÄÄ Die wesentliche Voraussetzung fÄr die Schadenersatzpflicht besteht nach dem Wortlaut des Art. 52 AHVG darin, dass der Arbeitgeber absichtlich oder grobÄfÄhrlÄssig Vorschriften verletzt hat und dass durch diese Missachtung ein SchaÄden verursacht worden ist. Absicht beziehungsweise Vorsatz und FahrlÄssigkeit sind verschiedene Formen des Verschuldens. Art. 52 AHVG statuiert demnach eine Verschuldenshaftung, und zwar handelt es sich um eine VerschuldenshafÄtung aus Äffentlichem Recht. Die Schadenersatzpflicht ist im konkreten Fall nur dann begrÄndet, wenn nicht UmstÄnde gegeben sind, welche das fehlerhafte Verhalten des Arbeitgebers als gerechtfertigt erscheinen lassen oder sein VerÄschulden im Sinne von Absicht oder grober FahrlÄssigkeit ausschliessen (BGE 108 V 186 Erw. 1b und 193 Erw. 2b; ZAK 1985 S. 576 Erw. 2 und 619 Erw. 3a; vgl. auch BGE 121 V 244 Erw. 4b).

ÄÄÄÄÄÄÄ Grobe FahrlÄssigkeit liegt praxisgemÄss vor, wenn ein Arbeitgeber das ausser Acht lÄsst, was jedem verstÄndigen Menschen in gleicher Lage und unter gleiÄchen UmstÄnden als beÄachtlich hÄtte einleuchten mÄssen. Das Mass der zu verÄlangenden Sorgfalt ist abzustufen entsprechend der SorgÄfaltspflicht, die in den kaufmÄnnischen BeÄlangen jener Arbeitgeberkategorie, welcher der Betreffende angehÄrt, ÄblicherÄweise erwartet werden kann und muss (BGE 112 V 159 f. mit Hinweisen).

2.5ÄÄÄÄ Nicht jedes einer Firma als solcher anzulastende VerÄschulden muss auch ein solches ihrer sÄmtlichen Organe sein. Vielmehr hat man abzuwÄgen, ob und inÄwieweit 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 Äbertragen wurden (BGE 108 V 202 Erw. 3a; ZAK 1985 S. 620 Erw. 3b). GeÄhÄrten dem Verwaltungsrat mehrere Personen an, so ist fÄr jede von ihnen einÄzeln zu prÄfen, ob sie am Schaden der Ausgleichskasse ein Verschulden trifft. Obliegt die GeÄschÄftsfÄhrung einem Mitglied des Verwaltungsrats, so hanÄdeln weitere Mitglieder schuldhaft, wenn sie die nach den UmstÄnden gebotene AufÄsicht nicht ausÄben. Setzt sich der Verwaltungsrat aus nur zwei Mitgliedern zusammen, so beurteilen sich Äinsbesondere, wenn sie lediglich kollektiv unÄterschriftsberechtigt sind, Ädie Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle nach einem strengen Massstab (unverÄffentlichtes Urteil des EidgenÄssischen Versicherungsgerichts i.S. T. vom 15. Juni 1998, H 33/98).

E. 3

3.1. Der gesamte, gegenüber dem Beklagten 1 geltend gemachte Schaden von Fr. 141'457.80 betrifft unbezahlte Lohnbeiträge für die Jahre 1997 bis 2001 sowie für den Zeitraum Januar bis Juni 2002 (Schadensübersicht vom 4. September 2002, Urk. 4/1). Grundlage dafür bilden die Lohnbescheinigung für das Jahr 1997 (deren unbestrittene Beitragsfaktoren im Kontoauszug vom 21. August 2002 wiedergegeben sind, Urk. 4/2 S. 2), die undatierte Lohnbescheinigung für das Jahr 1998 (Urk. 4/4), welche durch eine anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 29. Februar 2000 nachbelastete Lohnsumme für das Jahr 1998 von Fr. 12'000.- sowie eine für das Jahr 1998 gutgeschriebene Lohnsumme von Fr. 1'400.- korrigiert wurde (Urk. 4/9), diejenige vom 24. Juni 2001 für das Jahr 1999 (Urk. 4/5), welche anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 26. Juni 2001 erstellt wurde (Urk. 4/10), diejenige vom 24. Juni 2001 für das Jahr 2000 (Urk. 4/6) und diejenige vom 3. März 2002 für das Jahr 2001 (Urk. 4/7) sowie die für den Zeitraum Januar bis Juni in Rechnung gestellten laufenden Lohnbeiträge (Kontoauszug vom 21. August 2002, Urk. 4/2 S. 22 f.). Unter Berücksichtigung der zugehörigen Nebenkosten (Verzugszinsen, Mahn- und Betriebskosten) und unter Anrechnung der geleisteten Zahlungen und einer Erwerbsersatzordnungs-Gutschrift ergibt sich daraus der gesamte Schaden von Fr. 141'457.80 (Urk. 4/1). Diese Schadensberechnung ist somit nachvollziehbar. Mangels offenkundiger Anhaltspunkte für Berechnungsfehler und mangels Bestreitung ist dieser Schadensbetrag daher zu bestreiten.

3.2. Vom gesamten Schadensbetrag von Fr. 141'457.80 hat die Kasse gegenüber dem Beklagten 2 den Teilbetrag von Fr. 49'871.15 geltend gemacht (Urk. 1). Es handelt sich dabei gemäss dem Kontoauszug vom 21. August 2002 (Urk. 4/2 S. 3-6) um die Summe der folgenden, unbezahlt gebliebenen, monatlichen Lohnbeiträge betreffend das Jahr 1998 (jeweils inklusive zugehöriger Verzugszinsen, Mahn- und Betriebskosten): Fr. 8'718.45 (Juli), Fr. 10'413.45 (August), Fr. 10'279.85 (Oktober), Fr. 10'246.40 (November) und Fr. 10'213.- (Dezember). Mangels offenkundiger Anhaltspunkte für Berechnungsfehler ist dieser nicht bestrittene Schadensbetrag daher zu bestreiten.

Der Beklagte 2 wendet jedoch in grundsätzlich Hinsicht ein, der gegenüber ihm geltend gemachte Schaden betreffend das Jahr 1998 stehe nicht rechtsgenüglich fest. Denn der Konkurs der Firma sei nicht nachgewiesen, weshalb nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Firma die Beiträge heute (wieder) bezahlen könne (Urk. 18 S. 16 f.). Dieser Einwand ist unbegründet. Erstens stand der Schaden bereits aufgrund der Pfändungsverlustscheine vom 8. Oktober 2001 im Sinne von Art. 115 Abs. 1 und Art. 149 SchKG betreffend die Monate Juli, August, Oktober, November und Dezember 1998 definitiv fest (Urk. 4/14-18). Denn solche Pfändungsverlustscheine manifestieren, dass der Arbeitgeber seine Beitragspflicht nicht erfüllt hat und damit realistisch auch der Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG nicht nachkommen kann. Deshalb steht vom Zeitpunkt der Ausstellung solcher Pfändungsverlustscheine hinweg einer Belangung der subsidiär haftenden Organe nichts im Wege (BGE 113 V 257 f. Erw. 3c). Dazu kommt zweitens, dass über die Firma am 17. Juni 2003 der Konkurs eröffnet und das Verfahren am 18. August 2003 mangels Aktiven eingestellt wurde (Internetausdruck des Handelsregisters des Kantons Zürich, Urk. 28/1-2).

4. Der Beklagte 2

4.1

2/E1):

Das Unternehmen sei im Jahre 1997 durch Übernahme eines Teils der Aktiven und Passiven der A. ___ AG gegründet worden. Im Laufe des Jahres 1998 habe die Geschäftsleitung jedoch erkennen müssen, dass die zugesagten Umsatzangaben der A. ___ AG bei weitem übertrieben gewesen seien, weshalb die Restkaufpreissumme reduziert worden sei. Ab dem Jahre 1998 habe die Gesellschaft daher mangels genügender Umsätze mit der Zahlung der Ausstände Probleme gehabt. Im Jahre 1999 sei der Verwaltungsrat vor der Entscheidung gestanden, das Unternehmen aufzugeben oder weiter zu führen. Er habe sich für die Fortführung entschieden, da nur so Aussicht bestanden habe, die bestehenden Forderungen, unter anderem diejenige der Kasse, innert nützlicher Frist befriedigen zu können, zumal der Fahrzeugpark als einzig relevantes Aktivum bis ungefähr in das Jahr 2000 geleast und eine Realisation daher erst ab dem Jahre 2001 möglich gewesen sei. Daher habe er, der Einsprecher, sich entschlossen, den Betrieb weiter zu führen, in der Erwartung, mit den Umsätzen die Zahlungsausstände begleichen oder zumindest die Leasingverträge abzahlen zu können, um dann wenigstens mit einem allfälligen Verkaufserlös der Aktiven die notwendige Deckung zu erzielen. Ausserdem habe der Verwaltungsrat das Personal von 1998 bis 1999 um rund zwei Drittel reduziert. In der Folge hätten die Leasingverträge eingehalten und die ins Eigentum der Gesellschaft fallenden Fahrzeuge unter anderem zu Gunsten der Kasse verwertet werden können. Der Gesamtbetrag dieser Erlöse wäre denn auch praktisch zur gesamten Tilgung der Kassenforderung geeignet gewesen. Ein Ausfall habe sich lediglich darum ergeben, weil die Kasse im Pfändungsverfahren ihr Privileg nicht geltend machen können. Leider hätten die Umsätze trotz erheblicher Bemühungen nicht auf die von der A. ___ AG dargelegten Zahlen angehoben werden können, was wohl auch mit der neu einsetzenden Wirtschaftskrise zu erklären gewesen sei. Tatsächlich habe die Haupteinnahmequelle der Gesellschaft, das X. ___ in Z. ___, bei weitem nicht mehr die Erträge früherer Jahre gebracht. Dies sei ein weiterer Grund für die wirtschaftlichen Probleme der Gesellschaft gewesen. Nachdem die Leasingverträge abbezahlt gewesen seien und erkennbar gewesen sei, dass der wirtschaftliche Aufschwung nicht eintreten würde, habe der Verwaltungsrat weiter reagiert, indem er das Personal bis schliesslich auf eine Person abgebaut habe. Zudem habe er, der Einsprecher, für seine Verwaltungsrats Tätigkeit keinen Lohn bezogen.

5.2 Es ist denkbar, dass ein Arbeitgeber zwar in vorsätzlicher Missachtung der AHV-Vorschriften der Ausgleichskasse einen Schaden zufügt, aber trotzdem nicht schadenersatzpflichtig wird, wenn besondere Umstände die Nichtbefolgung der einschlägigen Vorschriften als nicht schuldhaft erscheinen lassen. 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 183).

5.3 Die verspätete und unvollständige Beitragsablieferung nach Erwägung 4.2 ist nicht im Hinblick auf eine hiedurch allenfalls mögliche Firmensanierung erfolgt, sondern deshalb, weil vom Beklagte 1 dem Beitragswesen generell nicht die erforderliche

Bedeutung zugemessen wurde. Die Frage, ob im Sinne der dar gelegten Rechtsprechung allenfalls zu berücksichtigende Exkulpationsgr nde vorliegen, stellt sich daher nicht. Das erwähnte Vorgehen der Firma, die AHV-Beitragszahlungen während Jahren zu verschleppen, ist dem Beklagten 1, welcher davon gemäss eigenen Vorbringen Kenntnis gehabt hatte, vielmehr als persönliches Verschulden anzurechnen.

Im übrigen hat der Beklagte 1 seine Angaben trotz einer detaillierten Beweis aufgabe (Urk. 6) durch keine Gesch ftsakten (wie Bilanzen, Revisionsstellenbeurichte, Verträge) belegt, sondern es bei blossen Behauptungen bewenden lassen. Bei einer Beurteilung aufgrund der vorliegenden Akten (Urk. 4) ist jedoch davon auszugehen, dass der Beklagte 1 damals mangels der Existenz von Bilanzen oder anderer Übersichten über die finanzielle Lage keinen genügenden, zeitgerechten Überblick über die wirtschaftliche Lage des Betriebes hatte, und dass bei objektiver Betrachtungsweise spätestens gegen Ende des Jahres 1998 keine hinreichend zuverlässigen Anhaltspunkte mehr bestanden, welche die Annahme erlaubt hätten, die schwierige wirtschaftliche Lage sei lediglich vorübergehender Natur und die Gesellschaft werde die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge nach Begleichung betriebswesentlicher anderer Forderungen innert nützlicher Frist bezahlen können. Wohl hat der Betrieb im Laufe der Jahre die Beitragsrückstände teilweise abbezahlt. Gleichzeitig hat er jedoch in noch höherem Umfang wieder neue Beitragsschulden auflaufen lassen. Dazu kommt, dass die Argumentation des Beklagten 1, wonach er im Jahre 1999 habe damit rechnen können, die bereits damals hohen Beitragsrückstände ab dem Jahre 2001 mit einem allfälligen Verkaufserlös der Aktiven abzahlen zu können, auf vielen ungesicherten Faktoren und somit auf spekulativen Annahmen beruht hatte, welche im Rahmen der erwähnten Rechtsprechung unbeachtlich sind. Zudem war diese Planung von vornherein nicht darauf angelegt, die Ausstände innert nützlicher Frist abzahlen zu können, wie es die Rechtsprechung verlangt (Erw. 5.2). In Anbetracht der unbestrittenermassen schlechten wirtschaftlichen Lage des Betriebes hätten damals nur so viele L hne ausbezahlt werden dürfen, als die darauf unmittelbar von Gesetzes wegen entstandenen Beitragsforderungen gedeckt gewesen wären (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 Erw. 5).

Sich während fünf Jahren trotz laufender Betreibungen nicht um Ordnung im AHV-Beitragswesen zu bemühen, muss als zumindest grobfahrlässig qualifiziert werden. Der Beklagte 1 ist daher für den geltend gemachten Schadensbetrag von Fr. 141'457.80 ersatzpflichtig.

E. 6.1

    Im Bereich von Art. 52 AHVG gilt ein objektivierter Verschuldensmassstab. Subjektive Entschuldbarkeit oder die Gründe für die Annahme des Verwaltungsratsmandats sind unbeachtlich. Ein Verwaltungsrat kann sich daher nicht auf Unfähigkeit, Unerfahrenheit, fehlende Kenntnis (wie insbesondere Rechts nkenntnis), Zeitmangel, Übernahme des Mandats aus Gef lligkeits- oder Nati onalit tsgr nden, Strohmannfunktion, zu grosses Vertrauen infolge verwandtschaftlicher Beziehungen und dergleichen berufen (BGE 109 V 89 Erw. 6; ZAK 1992 254 Erw. 7b; Thomas Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in: AJP 1996 S. 1077, mit Hinweis).

        Jedes Mitglied des Verwaltungsrates kann unter Angabe der Gründe vom Präsidenten die unverzügliche Einberufung einer Sitzung verlangen (Art. 715

des Obligationenrechts [OR]). Jedes Mitglied des Verwaltungsrates kann Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen (Art. 715a Abs. 1 OR). In den Sitzungen sind alle Mitglieder des Verwaltungsrates sowie die mit der Geschäftsführung betrauten Personen zur Auskunft verpflichtet (Art. 715a Abs. 2 OR). Ausserhalb der Sitzungen kann jedes Mitglied von den mit der Geschäftsführung betrauten Personen Auskunft über den Geschäftsgang und, mit Ermächtigung des Präsidenten, auch über einzelne Geschäfte verlangen (Art. 715a Abs. 3 OR). Soweit es für die Erfüllung einer Aufgabe erforderlich ist, kann jedes Mitglied dem Präsidenten beantragen, dass ihm Bücher und Akten vorgelegt werden (Art. 715a Abs. 4 OR). Weist der Präsident ein Gesuch auf Auskunft, Anfertigung oder Einsicht ab, so entscheidet der Verwaltungsrat (Art. 715a Abs. 5 OR). Regelungen oder Beschlüsse des Verwaltungsrates, die das Recht auf Auskunft und Einsichtnahme der Verwaltungsräte erweitern, bleiben vorbehalten (Art. 715a Abs. 6 OR).

Ein Verwaltungsratsmitglied hat die Pflicht, an den Organfunktionen des Gesamtsamtsverwaltungsrates teilzunehmen. Diese Pflicht konkretisiert sich namentlich in der Pflicht, an den Verwaltungsratssitzungen teilzunehmen und an der Willensbildung der Exekutive mitzuwirken. Verwaltungsratssitzungen haben so oft stattzufinden, als es die Geschäfte erfordern (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, S. 303 Rz 67 und S. 356 Rz 8).

6.2 Der Beklagte 2 war ab 28. August 1997 (Handelsregisterauszug des Kantons Zürich, Urk. 4/3) bis zu seinem Rücktritt vom 16. August 1999 (Rücktrittsschreiben vom 16. August 1999, Urk. 19/15) Mitglied des damals dreiköpfigen Verwaltungsrates der Firma. Er macht zunächst geltend, aufgrund von diversen Machenschaften seitens des Verwaltungsratspräsidenten B. ___ habe er während der ganzen Dauer als Verwaltungsrat in keiner Form Einblick in die Firma erhalten. So hätten keine Verwaltungsratssitzungen stattgefunden, an denen er habe teilnehmen können, ebensowenig wie Generalversammlungen. Auch sei ihm das zugesicherte Honorar nicht ausbezahlt worden (Urk. 18 S. 8 ff. und Urk. 26).

Dieser Einwand trifft - soweit er den faktischen Ausschluss aus der Geschäftsführung betrifft - gemäss dem Rücktrittsschreiben vom 16. August 1999 (Urk. 19/15) und den übrigen Akten zu, ergeben sich doch daraus keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte 2 in irgendeiner Form an der Verwaltung der Firma teilhaben konnte. Somit ist festzuhalten, dass der Beklagte 2 in klarer Verletzung der gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen - gemäss welchen pro Jahr mindestens vier Verwaltungsratssitzungen hätten stattfinden müssen (Art. 19 Abs. 1 der Statuten der Firma vom 18. April 1997, Urk. 19/6) - von der Geschäftsführung ausgeschlossen war. Dabei war dieser Ausschluss für den Beklagten 2 gemäss seinen Vorbringen bereits ab Beginn der Verwaltungsratsstätigkeit erkennbar und wurden ihm bereits die mit Schreiben vom 24. Juli 1997 (Urk. 19/12) verlangten Informationen nach eigenen Angaben (Urk. 18 S. 9) verweigert. Aufgrund des von Beginn an erfolgten völligen Ausschlusses aus der Verwaltung und Geschäftsführung konnte der Beklagte 2 somit seine Rechte und Pflichten als Verwaltungsrat zu keinem Zeitpunkt wahrnehmen, was unbestritten ist.

E. 7

war, daran erinnern, dass der Verwaltungsratspräsident mehrmals darauf hingewiesen habe, dass D.____ dränge, unbedingt Details über den Firmenablauf wolle und Verwaltungsratssitzungen verlangt habe (Urk. 19/14 Ziff. 3). Dabei geschah dies gemäss diesem Schreiben in der "fraglichen Zeit von Ende 1997 und 1998" (Urk. 19/14 Ziff. 3). Im Rücktrittsschreiben vom 16. August 1999 hielt der Beklagte 2 diesbezüglich fest: "... Bereits im letzten Jahr habe ich schriftlich und mündlich reklamiert, und als überhaupt einzige Antwort in der ganzen Zeit einen kurzen Bericht der Geschäftsleitung erhalten. ..." (Urk. 19/15).

Was die Beweiskraft dieser Aussagen betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass der Beklagte 2 oder sein Rechtsvertreter offenbar mit E.____ zuvor Kontakt aufgenommen und dabei entsprechende Fragen gestellt haben (vgl. dazu die Bemerkung von E.____, wonach er für weitere Fragen zur Verfügung stehe, Urk. 19/14 unten). Da diese Fragen jedoch nicht aktenkundig sind, können die Aussagen von E.____ nicht abschliessend eingeordnet und gewichtet werden, weshalb dessen Schreiben vom 15. Januar 2003 nur eine eingeschränkte Beweiskraft zukommen kann. Selbst wenn man aber die Aussagen in diesem Schreiben berücksichtigt, kann der Beklagte 2 gemäss den nachfolgenden Erwägungen nichts zu seinen Gunsten ableiten. Hingegen kommt dem Rücktrittsschreiben als sogenannter Aussage erster Stunde eine verstärkte Beweiskraft zu (BGE 121 V 47 Erw. 1a). Zu berücksichtigen ist auch die Angabe des Beklagten 2, wonach er seinen Ausschluss aus dem Verwaltungsrat mehrfach "telefonisch" deutlich zum Ausdruck gebracht habe (Urk. 26). Im übrigen hat der Beklagte 2 jedoch weitere Bemerkungen in keiner Weise - weder in zeitlicher, noch in sonstiger Hinsicht - näher substantiiert und diesbezüglich auch keine Beweismittel beigebracht.

Gesamthaft und trotz Berücksichtigung des Schreibens von E.____ vom 15. Januar 2003 ist aufgrund der Vorbringen des Beklagten 2 und der Akten davon auszugehen, dass dieser im Zeitraum Ende 1997 bis Ende 1998 einmal oder ein paar wenige Male mündlich, und dabei vor allem telefonisch, den faktischen Ausschluss aus der Verwaltung beanstandet hat. Dabei spricht die Formulierung im Rücktrittsschreiben (Urk. 19/15) nicht dafür, dass mehrere mündliche Reklamationen erfolgt sind. Angesichts der geschilderten Verantwortlichkeit des Beklagten 2 hätten indessen - auch zahlreichere - mündliche Interventionen ohnehin nicht ausgereicht, um ihn entscheidend zu entlasten. Vielmehr wäre der Beklagte 2 gehalten gewesen, die Einhaltung der aktienrechtlichen und der statutarischen Bestimmungen schriftlich einzufordern und gegebenenfalls nachzuzuhaken. Mündliche Mahnungen waren aufgrund der konkreten Situation nicht genügend. Soweit der Beklagte 2 wegen der Struktur und Organisation der Gesellschaft in der Ausübung seiner Kontroll- und Überwachungspflichten behindert war, hätte er alles daran setzen müssen, um diesen Zustand zu ändern. Er kann sich bezüglich des Beitragswesens, mit dem er sich seiner Bedeutung wegen aufgrund seiner Organstellung hätte befassen müssen, namentlich auch nicht auf die beherrschende Stellung des Verwaltungsratspräsidenten berufen. Denn selbst wenn ihm tatsächlich auf entsprechende mündliche Begehren die verlangte Einsicht in die Geschäftsunterlagen verweigert worden ist, wäre er gehalten gewesen, auf seinen Aufsichtsbefugnissen zu beharren, konkrete Massnahmen zu deren Durchsetzung zu ergreifen und im Weigerungsfall unverzüglich von seinem Amt als Verwaltungsrat zurückzutreten. Er hat aber, obwohl er sich nicht imstande sah, sein Amt korrekt auszuüben, erst am 16.

August 1999 (Urk. 19/15) den sofortigen Rücktritt aus dem Verwaltungsrat erklärt.

Ein schriftliches Vorgehen hat der Beklagte 2 für diesen Zeitraum trotz entsprechender Beweisaufgabe (Urk. 6) nicht nachgewiesen, weshalb aufgrund der Akten davon auszugehen ist, dass ein solches nicht stattfand. Demnach besteht kein Anlass für eine vom Beklagten 2 beantragte Parteibefragung oder Zeugenvernehmung von E. (Urk. 18 S. 11 oben). Denn die Vorbringen, welche der Beklagte 2 mit diesen Beweismitteln nachweisen will (Urk. 18 S. 10 Ziff. 16), betreffen vorab den unbestrittenen faktischen Ausschluss aus der Verwaltung, der nichts an der Haftbarkeit ändert.

E. 7.2.3

Zusammenfassend ist der Beklagte 2 trotz eines von Anfang an bestehenden, klaren Ausschlusses von der Geschäftsführung ungefähr zwei Jahre weitgehend passiv im Verwaltungsrat verblieben. Einzig der Umstand, dass er Ende 1997 bis Ende 1998 informell, vor allem telefonisch, diesen Ausschluss beanstandet hat, vermag ihn aufgrund der gesamten Umstände nicht zu entlasten. Vor allem kann nicht von einem den Umständen entsprechenden zeitgerechten und nachhaltigen Bemühen gesprochen werden: Der Beklagte 2 ist nicht schriftlich vorgegangen und hat seine Rechte auch nicht zum Beispiel durch Anstreben einer Verwaltungsratssitzung mit einer Leistungsklage durchzusetzen versucht. Der Beklagte 2 hat nach seinen erfolglosen Versuchen auch nicht den Rücktritt eingereicht. Es genügt nicht, wenn ein Verwaltungsratsmitglied sich wiederholt auf bloss informelle, aber offensichtlich erfolglose Weise um Mitwirkung bei der Geschäftsführung bemüht, jedoch danach wieder lange Zeit passiv im Verwaltungsrat verbleibt. Der Beklagte 2 räumt im Übrigen selber ein, dass sein Austritt aus dem Verwaltungsrat viel früher hätte erfolgen müssen (Urk. 26 S. 2). Dass dies nicht geschah, ist ihm als grobfahrlässiges Verhalten und damit als Verschulden anzurechnen.

E. 7.2.4

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).

Das erwähnte passive Verhalten des als Verwaltungsrat mit einer grossen, nicht wegbedingbaren Verantwortung ausgestatteten Beklagten 2 war entgegen dessen Auffassung im Sinne des adäquaten Kausalzusammenhangs geeignet, den entstandenen Schaden mitzuverursachen, und er ist für den geltend gemachten Schaden von Fr. 49'871.15 infolge grobfahrlässigen Verschuldens haftbar zu machen. Dabei haftet er im Umfange dieses Teilbetrages solidarisch mit dem Beklagten 1.

E. 8

Diese Erwägungen führen zur Gutheissung der Klage.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Klage wird T.____ verpflichtet, der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, Fr. 141'457.80 als Schadenersatz zu bezahlen. D.____ wird verpflichtet, der Ausgleichskasse Fr. 49'871.15 als Schadenersatz zu bezahlen, in solidarischer Haftung im Umfange dieses Teilbetrages mit T.____.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse

- T.____

- Rechtsanwalt Teddy Stojan

- Bundesamt für Sozialversicherung

4. Gegen diesen Entscheid 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.