

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2006.00013 vom 30. November 2007

ZH Sozialversicherungsgericht, 2007-11-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2006.00013

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2006.00013 du 30 novembre 2007

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2006.00013 del 30 novembre 2007

Erwägungen

E. 2

2.1. 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).

2.2.

2.2.1. Die Beschwerdegegnerin hatte im Konkurs der A. ___ AG eine Forderung in der Höhe von Fr. 173'611.05 angemeldet, hernach indes noch die aus der Schlussabrechnung für die Zeit von Januar bis September 2003 resultierende Gutschrift von Fr. 3'721.-- sowie den retournierten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- in Abzug gebracht, so dass ein Schaden in der Höhe von Fr. 167'390.05 resultierte, welcher vom Konkursamt in diesem Betrag zugelassen wurde (Urk. 11/1 und 11/2). Nach Anrechnung der Konkursdividende von Fr. 42'810.70 lag noch ein Ausstand von Fr. 124'579.35 vor und nach Abzug von Fr. 181.75 betreffend übertragene Aufgaben der Militärdienstkasse betrug der letztlich entstandene Schaden betreffend ausstehende Sozialversicherungsbeiträge somit Fr. 124'397.60. Dieser beruht auf dem Kontoauszug vom 24. Februar 2004 (Urk. 11/2b) und ergibt sich aus den monatlichen Rechnungen, den Jahresschlussabrechnungen für 2001, 2002 und 2003 (Urk. 18/3, 18/4 und 18/5) und den Ergebnissen der Arbeitgeberschlusskontrolle (Urk. 18/5/1); er beinhaltet zudem die aufgelaufenen Verzugszinsen gemäss Abrechnung (Urk. 11/1 Blätter 1 und 2) sowie Mahngebühren und Betreuungskosten, abzüglich der von der konkursiten Gesellschaft geleisteten Zahlungen.

Der gegenüber dem Beschwerdeführer 2 von Fr. 114'898.95 auf Fr. 88'365.65 und hernach um den Betrag von Fr. 3'721.-- (Gutschrift betreffend Beiträge für die Zeit von Januar bis September 2003) auf Fr. 84'644.65 reduzierte Forderungsbetrag basiert auf dem Umstand, dass der Beschwerdeführer 2 vorzeitig, nämlich am 25. April 2003 aus dem Verwaltungsrat ausgetreten ist und daher nur für die bis zu diesem Zeitpunkt geschuldeten Beiträge haftbar gemacht werden kann (Urk.

15/2 und Urk. 15/7).

Dem Umfang nach werden seitens der Beschwerdeführer, mit Ausnahme der Höhe der anzurechnenden Konkursdividende, keine konkreten Einwendungen erhoben. Die Bemessung des Schadens durch die Beschwerdegegnerin ist demnach grundsätzlich nicht zu beanstanden.

Zu prüfen ist sodann der vom Beschwerdeführer 2 vorgebrachte Einwand, dass sich der Schaden ihm gegenüber höchstens auf den Betrag von Fr. 72'156.75 belaufen könne (Urk. 15/1 S. 10 f.).

Dem ihm gegenüber geltend gemachten Schaden liegen die Rechnungen von November 2001 bis März 2003 in der Höhe von insgesamt Fr. 112'593.60, Betreuungskosten im Betrag von Fr. 1'493.05 und Verzugszinsen von Fr. 4'601.80 zugrunde (Urk. 15/1 S. 10 f. und 18/1 S. 5). Vom Zwischenbetrag von Fr. 118'688.45 seien die nach der Konkurseröffnung erbrachte Zahlung von Fr. 3'721.-- sowie die gesamte Konkursdividende von Fr. 42'810.70 in Abzug zu bringen, so dass ein Betrag von Fr. 72'156.75 resultiere.

Demgegenüber stellte sich die Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt (Urk. 30), die erhaltene Konkursdividende entspreche einem Prozentsatz von 25,58 % ihrer gesamten Forderung, weshalb diese auf jede einzelne verfallene Schuld verhältnismässig anzurechnen sei.

Im Konkurs der A. AG hatte die Beschwerdegegnerin eine Forderung in der Höhe von Fr. 167'390.05 angemeldet (Urk. 11/2), welche in diesem Umfang zugelassen worden war (Urk. 11/3). Darin eingeschlossen war noch der Betrag von Fr. 181.75 zugunsten der Militärdienstkasse (Urk. 11/5 S. 1), welcher nicht nach Art. 52 AHVG eingefordert werden kann. Gemessen an der gesamten angemeldeten Forderung macht dieser Betrag betreffend Beiträge an die Militärdienstkasse allerdings nur gerade 0,1 % aus, weshalb die vollständige Anrechnung der Konkursdividende an den vom Beschwerdeführer 1 geforderten Schadenersatz nicht zu beanstanden ist.

Die im Konkurs resultierende Konkursdividende von Fr. 42'810.70 deckt 25,58 % der Forderung ($100 : \text{Fr. } 167'390.05 \times \text{Fr. } 42'810.70$). Um diesen Prozentsatz reduziert sich - wie die Beschwerdegegnerin zutreffend darlegt (Urk. 30 S. 2) - jede einzelne verfallene Schuld. Der vom Beschwerdeführer 2 geforderte Schadenersatz beläuft sich auf Fr. 118'688.45 und entspricht somit einem Anteil von 70,99 % oder gerundet 71 % des gesamten gegenüber dem Beschwerdeführer 1 geltend gemachten Schadens ($100 : [\text{Fr. } 167'390.05 \text{ Fr. } 181.75 \text{ Beiträge Militärdienstkasse} = \text{Fr. } 167'208.30] \times \text{Fr. } 118'688.45$). Lediglich in diesem Anteil von 71 % beziehungsweise Fr. 30'395.60 gelangt daher der Beschwerdeführer 2 in den Genuss der Anrechnung der Konkursdividende. Die ihm gegenüber einzufordernde Schadenersatzsumme läge somit mit Fr. 85'165.85 (Fr. 118'688.45, abzüglich der Gutschrift von Fr. 3127.-- [Urk. 15/7 S. 1] abzüglich der anteilmässigen Konkursdividende in Höhe von Fr. 30'395.60) sogar noch über dem von der Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort vom 30. März 2006 bezifferten Betrag von Fr. 84'644.65 (Urk. 15/7 S. 1). Eine weitere Reduktion kann demnach nicht in Frage kommen.

E. 3

3.1. 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 verbucht 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 Abs. 1 AHVG bedeute und die volle Schadensdeckung nach sich ziehe (BGE 118 V 195 Erw. 2a, 111 V 173 Erw. 2, je mit Hinweisen).

3.2. Die Gesellschaft hatte die Sozialversicherungsbeiträge monatlich, zunächst entsprechend der effektiv ausbezahlten Lohnsumme (Urk. 18/6 und 18/6/1-10) und ab dem 1. Januar 2003 auf Grund einer Pauschalen (Urk. 18/6/11-18) zu entrichten (vgl. Kontoauszug vom 24. Februar 2004; Urk. 11/2b). Die für eine Zahlungsperiode geschuldeten Beiträge sind jeweils innert zehn Tagen nach deren Ablauf zu bezahlen (Art. 34 Abs. 3 AHVV). Die Arbeitgeber haben die Löhne innert 30 Tagen nach Ablauf der Abrechnungsperiode abzurechnen (Art. 36 Abs. 2 AHVV); die Abrechnungsperiode umfasst das Kalenderjahr (Art. 36 Abs. 3 Satz 1 AHVV).

Es ist aktenkundig, dass die Gesellschaft ihrer Zahlungspflicht nicht immer ordnungsgemäss nachgekommen ist und die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge teils erst auf Mahnung hin, teils aber sogar erst nach eingeleiteter Betreuung wenigstens teilweise beglichen hat oder sie unbezahlt gelassen hat (Urk. 18/7/1-15). Gänzlich unbezahlt blieben beispielsweise die Rechnungen für die Monate Juli bis November 2002, die Jahresschlussabrechnung 2002 sowie die Rechnungen von Januar bis August 2003 (Urk. 18/1).

Aber auch das Abrechnungswesen wurde nicht immer pflichtgemäss durchgeführt. Gemäss den Akten ergibt sich, dass die tatsächlich ausbezahlten Löhne, welche bis 31. Januar des folgenden Jahres gemeldet werden müssen (Art. 36 Abs. 2 AHVV), beispielsweise für das Jahr 2001 zwar rechtzeitig innert Frist (Urk. 18/3) bekanntgegeben worden sind, indes die Meldung für das Jahr 2002 am 11. Februar 2003 wenn auch geringfügig zu spät erstattet worden ist (Urk. 18/4).

Zu prüfen bleibt, inwieweit die genannte Missachtung öffentlichrechtlicher Arbeitgeberpflichten auf grobfahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten der Beschwerdeführer zurückzuführen ist.

E. 4

4.1. Haftungsvoraussetzung ist die Organstellung der Pflichtigen. Einem Mitglied des Verwaltungsrates kommt formelle Organeigenschaft zu. Darauf stellt das Eidgenössische Versicherungsgericht in konstanter Rechtsprechung für die Bejahung der subsidiären Haftbarkeit (Passivlegitimation nach Art. 52 AHVG) ab (BGE 123 V 15 Erw. 5b mit Hinweis; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes in Sachen T. vom 21. November 2000 Erw. 3a, H 37/00).

Die Organhaftung aus Art. 52 AHVG besteht nicht für Beitragsforderungen, die nach der Publikation der Löschung der Organstellung der

betreffenden Person im Handelsregister fällig werden, weil die betreffende Person im Zeitpunkt der Fälligkeit nicht mehr Organ ist. Für die vor der Publikation fälligen Beitragsforderungen haftet das Organ, wenn es durch eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Handlung beziehungsweise Unterlassung bewirkt hat, dass die Beiträge im Zeitpunkt der Fälligkeit nicht bezahlt werden konnten. Ein Verschulden des Organs kann nur so lange in Frage kommen, als es die Möglichkeit hat, durch Handlungen oder Unterlassungen die Geschäftsführung massgeblich zu beeinflussen. Das ist faktisch längstens bis zum effektiven Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat der Fall (BGE 126 V 61 Erw. 4a, 123 V 173 Erw. 3a).

4.2.1.1 Der Beschwerdeführer 1 präsidierte den Verwaltungsrat des konkursiten Unternehmens seit dessen Gründung und amtierte auch als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift. Der Beschwerdeführer 2 wurde am 3. Februar 1995 Mitglied des Verwaltungsrates und führte bis zu seinem effektiven Ausscheiden am 25. April 2003 Kollektivunterschrift zu. Zur Organstellung der Beschwerdeführer ergeben sich deshalb weitere Ausführungen.

Da der Beschwerdeführer 2 somit nur bis zu seinem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat haftbar ist, wobei nicht der Eintrag im Handelsregister, sondern der tatsächliche Austritt massgebend ist, reduzierte die Beschwerdegegnerin die ihm gegenüber geltend gemachte Forderung zu Recht (Urk. 15/2).

E. 5

5.1.1 Die wesentliche Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht besteht nach dem Wortlaut des Art. 52 Abs. 1 AHVG darin, dass der Arbeitgeber absichtlich oder grobfahrlässig Vorschriften verletzt hat und dass durch diese Missachtung ein Schaden verursacht worden ist. Absicht beziehungsweise Vorsatz und Fahrlässigkeit sind verschiedene Formen des Verschuldens. Art. 52 Abs. 1 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 zufügt, 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 und 193 Erw. 2b; ZAK 1985 S. 576 Erw. 2 und S. 619 Erw. 3a; vgl. auch BGE 121 V 244 Erw. 4b).

5.2.1.1

Grobe Fahrlässigkeit liegt praxisgemäss vor, wenn ein Arbeitgeber das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen. Das Mass der zu verlangenden Sorgfalt ist abzustufen entsprechend der Sorgfaltspflicht, die in den kaufmännischen Belangen jener Arbeitgeberkategorie, welcher die betreffende Person angehört, üblicherweise erwartet werden kann und muss. Dabei sind an die Sorgfaltspflicht einer Aktiengesellschaft hinsichtlich der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen. Ähnlich ist zu differenzieren, wenn es darum geht, die subsidiäre Haftung der Organe eines Arbeitgebers zu ermitteln (BGE 108 V 202 Erw. 3a;

Bezirksgericht D.____ am 31. Mai 2001 seien auch alle Verpflichtungen gegenüber den AHV- oder Steuerbehörden und dergleichen erfüllt worden, worüber eine Bestätigung vorliege. Nach der erfolgten Verurteilung, insbesondere nach dem Ergehen des Urteils des Obergerichts, hätten Lieferanten nur noch gegen Vorauszahlung geliefert, die C.____ habe die Kredite gekürzt, von zedierten eingehenden Debitoren zuerst sich selbst befriedigt und die verbliebenen Kredite im Sommer 2003 völlig aufgelöst.

Er sei bereit, die Arbeitnehmerbeiträge in der Höhe von Fr. 34'147.22 in Raten abzuführen (Fr. 76'957.92 [1/2 der geschuldeten Beiträge von Fr. 153'915.85] abzüglich der Konkursdividende von Fr. 42'810.70; Urk. 6 S. 2).

6.2.2 Der Beschwerdeführer 2 machte geltend (Urk. 15/1 und 26), es sei ihm angesichts der Ermächtigung der beiden Hauptaktionäre, des Beschwerdeführers 1 sowie dessen Sohn, verwehrt gewesen, die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge durchzusetzen. Er habe keine Einzelunterschriftsberechtigung gehabt, so dass er weder Zahlungen bei der Bank noch bei der Post habe veranlassen können. Einzig der Beschwerdeführer 1 habe bestimmt, welche Zahlungen getätigt würden. Sodann habe er nicht damit rechnen müssen, dass Beiträge nicht mehr bezahlt werden könnten, da stille Reserven vorhanden gewesen seien und noch an der Generalversammlung vom 25. April 2003 ausdrücklich festgehalten worden sei, angesichts dieser Reserven könne auf die Benachrichtigung des Richters verzichtet werden. Dass ihm am entstandenen Schaden kein Verschulden treffe, bestimme der Beschwerdeführer 1 ausdrücklich, indem er darauf hinweise, dass Heinz Ewert und er nur aus formellen Gründen im Verwaltungsrat Einsitz genommen hätten, da der Beschwerdeführer 1 Staatsangehöriger sei (Urk. 6 S. 2).

6.3 Vorweg ist festzuhalten, dass im vorliegenden Prozess nicht zu untersuchen ist, ob der Konkurs A.____ AG allenfalls hätte vermieden werden können, sondern einzig zu entscheiden ist, ob die Gesellschaft die ihr als Arbeitgeberin obliegenden Pflichten verletzt hat und ob gegebenenfalls ein qualifiziertes Verschulden der Beschwerdeführer zu bejahen ist.

Gemäss Art. 716 Abs. 2 des Obligationenrechts (OR) führt der Verwaltungsrat die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat. Art. 716a Abs. 1 OR enthält sodann einen Katalog unübertragbarer und unentziehbarer Aufgaben. So obliegt dem Verwaltungsrat insbesondere die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen (Ziffer 1), die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung (Ziffer 3) und die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen (Ziffer 5). Der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft hat die mit der Geschäftsführung beauftragten Personen zu überwachen und sich regelmässig über den Geschäftsgang unterrichten zu lassen. Das Gesetz verbietet zwar nicht die Vornahme einer bestimmten Arbeits- und Kompetenzaufteilung, doch die Überwachungs- und Kontrollpflichten verbleiben auch dann beim (Gesamt)-Verwaltungsrat. Deshalb hat sich jedes Mitglied des Verwaltungsrats periodisch über den Geschäftsgang und die wichtigsten Geschäfte, die nicht zu seinem primären Aufgabenbereich gehören, zu orientieren, Rapporte zu verlangen, diese sorgfältig zu studieren und nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzuholen, Irrtümer abzuklären und bei Unregelmässigkeiten einzugreifen (BGE 114 V 223 Erw. 4a).

Der Beschwerdeführer 1 präsidierte den Verwaltungsrat und hatte gleichzeitig die Geschäftsführung inne. Zusammen mit den beiden andern Verwaltungsräten lag eine einfache Verwaltungsstruktur vor und die Verhältnisse waren übersichtlich, zumal sich auch die Zahl der Angestellten im entscheidungsrelevanten Zeitraum im Rahmen von unter 20 Mitarbeitern bewegte (Urk. 18/3 und 18/4).

Mit Ausnahme des Hinweises auf die zugegebenermassen nicht idealen Umstände im Zusammenhang mit der Verurteilung durch das Bezirksgericht D. am 21. Mai 2001 hat der Beschwerdeführer 1 nicht dargetan, was er zur Sanierung des Unternehmens konkret vorgekehrt hat. Zudem fällt auf, dass im Jahr 2002 gegenüber dem Vorjahr eine deutlich höhere Lohnsumme zur Auszahlung gelangte (Urk. 18/3 und 18/4), was bedeutet, dass in der sich anbahnenden Krisensituation nicht etwa Personal abgebaut, sondern im Gegenteil mehr Personal eingestellt worden war. Demnach steht fest, dass sich die Arbeitgeberin nicht an den Grundsatz, wonach es in wirtschaftlich schwierigen Zeiten geboten ist, dass ein Unternehmen nur so viele Löhne ausbezahlt als auch die darauf geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge bezahlt werden können, gehalten hat (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen G. vom 26. Mai 2003, H 229/02, mit Hinweisen auf SVR 2003 AHV Nr. 1, S. 1 und BGE 118 V 195 Erw. 2a).

Zu entgegen ist dem Beschwerdeführer 1 dabei auch, dass der Zahlungsverkehr mit der Ausgleichskasse bis zu diesem Zeitpunkt nicht etwa reibungslos vonstattengegangen war, sondern bereits vor der - in den Augen des Beschwerdeführers 1 alles entscheidenden - strafrechtlichen Verurteilung zahlreiche Betreibungsverfahren hatten eingeleitet werden müssen (vgl. Übersicht der Betreibungen seit dem 15. Juni 1995 bis zur Konkursöffnung; Urk. 11/8). An der Tatsache, dass der Zahlungsverkehr teils sehr schleppend abgewickelt wurde, vermag auch die ins Feld geführte Bestätigung vom 19. Juni 2001 nichts zu ändern (Urk. 15/3/4), da diese lediglich Beweis dafür ist, dass zu diesem Zeitpunkt gerade keine Zahlungsausstände vorhanden waren. So enthält die Bestätigung denn auch ausdrücklich den Vermerk "Diese Bestätigung gilt für einen Monat" (Urk. 15/3/4). Welche konkreten Massnahmen der Beschwerdeführer 1 im entscheidungsrelevanten Zeitraum jedoch weiter zur Sanierung des Betriebs unternommen hat, legte er nicht dar. Insbesondere ist dabei zu erwähnen, dass Kreditbeschränkungen beziehungsweise die Kündigung von Krediten durch die Hausbank keine Rechtfertigungsgründe darstellen.

Der Beschwerdeführer 2 hatte das Verwaltungsratsmandat offenbar aus Gefälligkeit angenommen, da der Beschwerdeführer 1 Staatsangehöriger ist und gemäss Art. 708 OR die Mehrheit der Verwaltungsräte nicht nur in der Schweiz wohnhaft sein, sondern auch das Schweizer Bürgerrecht besitzen müssen. Auch dieser Umstand vermag den Beschwerdeführer 2 nicht zu entlasten, da allein entscheidend ist, dass er als formelles Organ im Handelsregister eingetragen war und es nicht darauf ankommt, welche tatsächliche Funktion und welchen Einfluss er in der Gesellschaft hatte. Dass er von den finanziellen Verhältnissen und den vielen Betreibungen keinerlei Kenntnis gehabt haben soll, ist wenig wahrscheinlich. Immerhin hatte er bereits am 3. Februar 1995 im Verwaltungsrat Einsitz genommen und die wirtschaftliche Situation, insbesondere die häufig schleppende Wahrnehmung der Zahlungsverpflichtungen und die vielen Betreibungsverfahren konnten ihm nicht verborgen bleiben.

Ungeachtet der Motive der Übernahme des Verwaltungsratsmandats hatte der Beschwerdeführer 2 die ihm obliegenden gesetzlichen Pflichten eines Organs zu

erfüllen. Das bedeutete, die Überwachungspflichten über die Geschäftsführung wahrzunehmen, Einsicht in die Bücher zu verlangen und sollte dies verweigert und die Erfüllung seiner Pflicht verunmöglicht worden sein, wäre ihm aus haftungsrechtlichen Gesichtspunkten nichts anderes übrig geblieben, als die Einsichtnahme gerichtlich durchsetzen zu lassen und bei erneuter Verweigerung zu einem früheren Zeitpunkt zu demissionieren, da ein Verwaltungsrat seine nicht übertragbaren Obliegenheiten unbekümmert um die tatsächlichen Eigentums- und/oder Machtverhältnisse im Unternehmen wahrzunehmen hat (vgl. etwa BGE 109 V 89 Erw. 6). Auf Grund des Protokolls der am 25. April 2003 abgehaltenen Generalversammlung ergibt sich unter anderem, dass die A. AG im Jahre 2002 einen Verlust in der Höhe von 1,7 Millionen Franken hinnehmen musste; Beteiligungen unter anderem der AHV in der Höhe von rund Fr. 200'000.-- häufig waren und eine Benachrichtigung des Richters nur wegen noch vorhandener stiller Reserven unterbleiben konnte (Urk. 15/8/5/2 S. 3 und 4). Wenn der Beschwerdeführer 2 eben unter dem Hinweis auf vorhandene stille Reserven damit argumentiert, die ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge hätten wohl beglichen werden können (Urk. 15/1 S. 8 und 15/8/5 S. 5), ist dem zu entgegen, dass es sich bei stillen Reserven um ein buchhalterisches Ergebnis handelt, indem beispielsweise häufige Abschreibungen vorgenommen werden. Keinesfalls liegen damit liquide Mittel vor, welche zur sofortigen Begleichung von Schulden herangezogen werden können. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass am 25. April 2003 bereits eine Überschuldung drohte, und nur wegen noch vorhandener stiller Reserven auf die Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 728 Abs. 2 OR verzichtet werden konnte (Urk. 15/8/5/2 S. 3). Mit seinem Rücktritt anlässlich dieser Versammlung konnte sich der Beschwerdeführer 2 der weiteren Haftbarkeit zwar entziehen, er vermag sich aber hinsichtlich der ordnungsgemässen Beachtung der einem Organ obliegenden Pflichten bis zum Austritt aus dem Verwaltungsrat nicht zu entlasten. Es ist ihm - wie auch dem Beschwerdeführer 1 - das während einer längeren Zeit geübte allzu passive Verhalten vorzuwerfen. Es liegen nach dem Gesagten weder Entlastungs- noch Rechtfertigungsgründe vor.

6.4 Unter den gegebenen Umständen ist das Verhalten der Beschwerdeführer ohne weiteres auch als adäquat kausal für den bei der Beschwerdegegnerin eingetretenen Schaden zu betrachten (BGE 119 V 406 Erw. 4a mit Hinweisen, vgl. auch BGE 122 V 189 sowie 119 Ib 343 Erw. 3c).

Demnach haften die Beschwerdeführer grundsätzlich für die ihnen gegenüber geltend gemachten Beträge von Fr. 124'397.60 (Beschwerdeführer 1) und Fr. 84'644.65 (Beschwerdeführer 2).

6.5

6.5.1 Laut BGE 122 V 185 ist die Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG einer Herabsetzung wegen Mitverschuldens der Verwaltung zugänglich, sofern sich diese einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht hat, was namentlich dann der Fall ist, wenn sie elementare Vorschriften der Beitragsveranlagung und des Beitragsbezugs missachtet hat. Zudem muss zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Eine Herabsetzung kann daher nur erfolgen, wenn und soweit das pflichtwidrige Verhalten der Verwaltung für die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens adäquat kausal gewesen ist (BGE 122 V 189 Erw. 3c).

6.5.2. Es fehlen jegliche Anhaltspunkte dafür, dass sich die Beschwerdegegnerin einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht hat. Auf Grund der Akten ergibt sich, dass sie die Ausstände regelmässig gemahnt hat (Urk. 18/6). Die Jahresschlussrechnungen hat sie jeweils kurz nach Eingang der Lohnbescheinigungen gestellt (Urk. 18/3 und 18/4). Für Ausstände wurden Betreibungsverfahren eingeleitet (Urk. 18/7/1-17). Der Schaden ist somit nicht aus bei der Beschwerdegegnerin liegenden Gründen entstanden, sondern weil sich die Konkursitin nicht um die rechtzeitige Bezahlung der ausstehenden Beiträge gekümmert hat. Eine Herabsetzung der ausstehenden Beiträge wegen Selbstverschuldens der Ausgleichskasse kann daher nicht in Frage kommen.

6.6. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 abzuweisen. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde des Beschwerdeführers 2 ist der Einspracheentscheid vom 3. Februar 2006 dahingehend zu ändern, dass der Beschwerdeführer 2 zur Zahlung von Schadenersatz im Betrag von Fr. 84'644.65 zu verpflichten ist.

7. Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) hat die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer).

Angesichts des geringfügigen Obsiegens des Beschwerdeführers 2 im Umfang von weniger als 5 % rechtfertigt es sich nicht, ihm eine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 wird abgewiesen.

2. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde des Beschwerdeführers 2 wird der Einspracheentscheid der AHV-Ausgleichskasse des Schweizerischen Baumeisterverbandes vom 3. Februar 2006 dahingehend geändert, dass der Beschwerdeführer 2 zur Zahlung von Schadenersatz im Betrag von Fr. 84'644.65 verpflichtet wird.

3. Das Verfahren ist kostenlos.

4. Dem Beschwerdeführer 2 wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.

5. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- S.____

- Rechtsanwalt Dr. Adrian von Kaenel

- AHV-Ausgleichskasse des Schweizerischen Baumeisterverbandes

- E.____

- Bundesamt für Sozialversicherungen

6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während

folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

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