

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2009.00018 vom 30. Mai 2011

ZH Sozialversicherungsgericht, 2011-05-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2009.00018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2009.00018)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2009.00018 du 30 mai 2011

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2009.00018 del 30 maggio 2011

## Erwägungen

### E. 1

1.1. X. war seit der Gesellschaftsgründung im Jahr 1989 Mitglied des Verwaltungsrates der im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Z. mit Sitz in A. (vorübergehend in B.). Die Gesellschaft war der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen (vgl. Urk. 8/12). Mit Verfügung vom 5. Dezember 2006 eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichts B. über die Gesellschaft den Konkurs. Nach Auflage des Kollokationsplans am 11. Januar 2008 (vgl. Urk. 8/265) zog das zuständige Konkursamt A. am 14. Mai 2008 seine Einsprache gegen die mit Verfügung vom 16. Februar 2007 (Urk. 8/252) erfolgte Forderungseingabe der Ausgleichskasse für geschuldete Sozialversicherungsbeiträge im Betrag von Fr. 239'232.80 zurück (Urk. 8/269). Am 21. November 2008 stellte das Konkursamt A. der Ausgleichskasse zwei Verlustscheine über Forderungen im Betrag von Fr. 239'232.80 und Fr. 5'950.65 (Urk. 8/275 und 8/276) aus. Das Konkursverfahren wurde mit Verfügung des Konkursrichters vom 27. November 2008 geschlossen und die Gesellschaft von Amtes wegen gelöst (vgl. Urk. 8/280, 8/301 S. 2).

Gemäss Beitragsübersicht beziehungsweise Kontoauszug der Ausgleichskasse vom 16. Juni 2009 blieben Sozialversicherungsbeiträge (inklusive Mahngebühren, Betreibungskosten und Verzugszinsen) in der Höhe von Fr. 245'244.95 unbezahlt (Urk. 8/303-304).

1.2. Mit Verfügung vom 6. Februar 2009 verpflichtete die Ausgleichskasse X. in solidarischer Haftung nebst Y., Präsident des Verwaltungsrates der Z., zur Leistung von Schadenersatz im Betrag von Fr. 245'244.95 (Urk. 8/281). Die Einsprache von X. vom 10. März 2009 (Urk. 8/283) hiess sie teilweise gut und reduzierte den geforderten Schadensbetrag um die nach Konkurseröffnung fällig gewordenen Beitragsforderungen auf Fr. 225'238.15 (Urk. 2).

2. Hiergegen liess X. am 18. Mai 2009 Beschwerde erheben und die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides beantragen (Urk. 1). Die Beschwerdegegnerin schloss in der Vernehmlassung vom 16. Juni 2009 auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 7). Mit Verfügung vom 26. Juni 2009 wurde Y., der die gegen ihn gerichtete Schadenersatzverfügung der Beschwerdegegnerin unangefochten gelassen hatte (vgl. Telefonnotiz vom 23. Juni 2009, Urk. 9), zum Prozess beigeladen (Urk. 10). Seine Stellungnahme datiert vom 21. Juli 2009 (Urk. 12). In der Replik vom 9. September 2009 (Urk. 16), der Duplik vom 18. September 2009 (Urk. 20) und der Stellungnahme des Beigeladenen zu denselben vom 10. November 2009 (Urk. 24) hielten die Parteien ebenso

an ihren Anträgen fest, wie die Beschwerdegegnerin in der darauf folgenden Eingabe vom 2. Dezember 2009 (Urk. 28) und der Beschwerdeführer in der Stellungnahme vom 16. Dezember 2009 (Urk. 29). Mit Verfügung vom 25. Januar 2011 wurde der Beschwerdeführer zur Einreichung des Organisationsreglements der Z.\_\_\_\_ (vgl. Urk. 31/1) sowie der Sitzungsprotokolle der Verwaltungsratssitzungen in der Zeit zwischen dem Eintritt des Beigeladenen in den Verwaltungsrat und der Konkursöffnung aufgefordert (Urk. 32). Der Beschwerdeführer liess darauf mit Eingabe vom 28. Februar 2011 verschiedene Unterlagen einreichen (Urk. 34, 35/1-4). Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Stellungnahme dazu (Urk. 38); der Beigeladene reichte mit seiner Stellungnahme vom 22. März 2011 weitere Unterlagen ein (Urk. 39, 40/1-2), zu welchem der Beschwerdeführer am 18. April 2011 Stellung nahm (Urk. 44).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich, nachfolgend eingegangen.

Das Gericht zieht in Erwägung:

#### 1. Ä Ä Ä Ä Ä Ä

1.1 Ä Ä Ä Ä Ä Nach Art. 52 Abs. 1 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 subsidiär gegebenenfalls die verantwortlichen Organe in Anspruch genommen werden (BGE 123 V 12 Erw. 5b S. 15; vgl. BGE 132 III 523 Erw. 4.5 S. 528). Haben mehrere Arbeitgeber oder mehrere Organe einer juristischen Person einen Schaden verursacht, haften sie solidarisch (BGE 114 V 214 Erw. 3 mit Hinweisen).

1.2 Ä Ä Ä Ä Ä Die Vorschriften über die Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG sowie die dazu entwickelte Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts finden mangels eigener Bestimmungen sinngemäss Anwendung auf die Invalidenversicherungs- (Art. 66 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung), Erwerbsersatzordnungs- (Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende in Armee, Zivildienst und Zivilschutz) sowie auf die kantonalrechtlichen Beiträge für die Familienausgleichskasse (Ä§ 33 Abs. 2 des Gesetzes über Kinderzulagen für Arbeitnehmer in der bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung bzw. Ä§ 33 des ab 1. Januar 2008 geltenden Kinderzulagengesetzes; nicht publiziertes Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts in Sachen A. vom 30. Juni 1997, 2P.251/1996). Ferner haften die Arbeitgeber und ihre Organe auch für entgangene Beiträge an die Arbeitslosenversicherung (Art. 6 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldigung; BGE 113 V 186).

#### E. 2

2.1 Ä Ä Ä Ä Ä Der Schadenersatzanspruch verjährt zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhalten hat, jedenfalls fünf Jahre nach Eintritt des Schadens. Diese Fristen können unterbrochen werden. Der Arbeitgeber kann auf die Einrede der Verjährung verzichten (Art. 52 Abs. 3 AHVG; vgl. auch BGE 131 V 7 oben).

2.2 Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 52 Abs. 3 AHVG 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 131 V 427 Erw. 3.1, 129 V 195 Erw. 2.1, 128 V 17 Erw. 2a, 126 V 444 Erw. 3a, 452 Erw. 2a, 121 III 388 Erw. 3b, je mit Hinweisen).

Im Falle eines Konkurses oder Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung hat die Kasse nicht notwendigerweise erst Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 52 Abs. 3 AHVG, wenn sie in die Verteilungsliste und Schlussrechnung des Konkursamtes oder Liquidators Einsicht nehmen kann oder einen Verlustschein erhält; denn wer im Rahmen solcher Verfahren einen Verlust erleidet und auf Ersatz klagen will, hat praxisgemäss in der Regel bereits dann ausreichende Kenntnis des Schadens, wenn die Kollokation der Forderungen eröffnet beziehungsweise der Kollokationsplan (und das Inventar) zur Einsicht aufgelegt wird. In diesem Zeitpunkt ist oder wäre der Gläubiger im Allgemeinen in der Lage, den Stand der Aktiven, die Kollokation seiner Forderung und die voraussichtliche Dividende zu kennen (BGE 126 V 444 Erw. 3a, 119 V 92 Erw. 3, je mit Hinweisen).

Die Auflage des Kollokationsplanes erfolgte am 11. Januar 2008; die Auflagefrist endete am 31. Januar 2008 (Urk. 8/263/1, 8/271). Mit dem Erlass der Schadenersatzverfägung am 6. Februar 2009 (Urk. 8/281) hat die Beschwerdegegnerin die zweijährige Frist gemäss Art. 52 Abs. 3 AHVG gewahrt.

### E. 3

3.1 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).

3.2 Der Schadenersatzprozess gemäss Art. 52 AHVG in Verbindung Art. 61 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht, welcher besagt, dass der Richter von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen hat (vgl. BGE 108 V 197 Erw. 5). Der Untersuchungsgrundsatz gilt aber nicht uneingeschränkt, sondern wird durch die verschiedenen Mitwirkungspflichten der Parteien ergänzt (BGE 122 V 158 Erw. 1a mit Hinweisen). Dazu gehört auch die Substanziierungspflicht, welche besagt, dass die wesentlichen Tatsachenbehauptungen und -bestreitungen in den Rechtsschriften enthalten sein müssen (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 208).

Für die Ausgleichskasse bedeutet dies, die Schadenersatzforderung soweit zu substantizieren, dass sie überprüft werden kann. Dabei sind zwei Aspekte zu unterscheiden. Einerseits hat die Ausgleichskasse den eingeklagten Forderungsbetrag zeitlich und masslich zu spezifizieren, also gestützt auf eine Beitragsübersicht zu behaupten, wie sich der eingeklagte Betrag zusammensetzt.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Andererseits gehört zur Substanziierungspflicht auch, den eingeklagten Forderungsbetrag oder Teile davon zu belegen, also durch Einreichung von Lohnabrechnungen, Nachzahlungs- oder Veranlagungsverfügungen die in der Beitragsübersicht enthaltenen Zahlungsvorgänge zu beweisen. Dies ist allerdings nur erforderlich, wenn die Forderung in der kantonalen Klageantwort masslich mit konkreten, nicht ohne weiteres widerlegbaren Einwendungen bestritten wird oder sich aufgrund der Akten greifbare Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten ergeben (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes in Sachen P. vom 13. Februar 2002, H 301/00).

### 3.3Ä Ä Ä Ä

3.3.1Ä Ä Die Beschwerdegegnerin fordert vom Beschwerdeführer Schadenersatz in der Höhe von Fr. 225'238.15. Gemäss Darlegungen im angefochtenen Entscheid betrifft dieser die unbezahlt gebliebenen Pauschalbeiträge für die Monate April (teilweise bezahlt) bis Oktober 2006 inklusive damit zusammenhängende Verzugszinsen, Verwaltungs-, Mahn- und Betreuungskosten (Urk. 2 S. 4 mit Verweis auf die Positionen 2006 0006 bis 2006 0012 im Kontoauszug vom 16. Juni 2009, Urk. 8/304).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Vom noch in der Verfügung vom 6. Februar 2009 geltend gemachten Schadenersatz von Fr. 245'244.95 (Urk. 8/281) brachte die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Entscheid zu Recht (vgl. dazu Urk. 2 S. 5 mit dem Hinweis auf ZAK 1985 S. 581) diejenigen Schadenspositionen in Abzug, die auf Beitragsforderungen (inklusive Nebenkosten) beruhen, die nach der Konkursöffnung vom 5. Dezember 2006 fällig wurden, respektive deren 10-tägige Zahlungsfrist nach Ablauf der Fälligkeit nach der Konkursöffnung datiert. Entsprechend reduzierte sie den Schadensbetrag gegenüber dem Beschwerdeführer um die noch in der Verfügung vom 6. Februar 2009 eingerechneten Schadenspositionen 2006 0013 im Betrag von Fr. 9'359.70 und 2006 0016 von Fr. 10'647.10 auf Fr.225'238.15.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Beschwerdegegnerin stützte ihre Forderung gegenüber dem Beschwerdeführer auf die Verlustscheine vom 21. November 2008 (Urk. 8/275 und 8/276), den Bericht über die Arbeitgeberkontrolle vom 19. Januar 2007 (Urk. 8/249), die Jahresabrechnung 2006 (Urk. 8/244) und den Kontoauszug sowie die Beitragsübersicht vom 16. Juni 2009 (Urk. 8/303-304). Im Weiteren liegen mehrere Zahlungsbefehle (Urk. 8/228-229, 8/236), Betreibungsbegehren (Urk. 8/227, 8/235), zahlreiche Mahnungen (Urk. 8/219, 8/232-234) sowie Verzugszinsabrechnungen (Urk. 8/220) im Zusammenhang mit den die Schadenssumme betreffenden Lohnbeiträgen April bis Oktober 2006 bei den Akten. Damit kam die Beschwerdegegnerin ihrer Substanziierungspflicht genügend nach. Die geltend gemachte Forderung ist entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers (Urk. 1 S. 18) grundsätzlich nachvollziehbar und ergibt sich aus der Kumulation der Schadenspositionen 2006 0006 bis 2006 0012 im erwähnten Kontoauszug.

3.3.2Ä Ä Die vom Beschwerdeführer monierte Ungereimtheit bezüglich der im Betreibungsbegehren vom 25. Oktober 2006 aufgeführten Forderung von Fr. 32'327.80 für die Rechnung vom 9. Juni 2006 (vgl. Urk. 8/227/1), welche nicht mit dem im Kontoauszug angeführten Rechnungsbetrag von Fr. 32'451.45 übereinstimmt, erklärt sich aus der im Kontoauszug unter der Position 2006 0008 unter der Bezeichnung "Habenher" verbuchten Gutschrift von Fr. 123.65, welche aus einem Guthaben vom 20. Oktober 2006 unter Position 2006 0000 herrührt (Urk. 8/304). Nicht nachvollziehbar ist der Einwand des Beschwerdeführers bezüglich der Position 2006 0010, deckt sich



Dezember 2010, Verfahren Nr. AK.2009.00024, Erw. 6.2.2). Wie die Akten zeigen, resultiert die Reduktion der für das Jahr 2006 geschuldeten Beiträge im hier zu beurteilenden Fall jedoch daraus, dass ab Oktober 2006 praktisch keine Löhne mehr bezahlt wurden (vgl. Bericht über die Arbeitgeberkontrolle vom 19. Januar 2007, Urk. 8/243/1, und Jahresabrechnung 2006 vom 19. Januar 2007, Urk. 8/244). Demgemäss rechtfertigt sich die anteilmässige Reduktion der Pauschalbeiträge lediglich hinsichtlich der Beitragsmonate Oktober bis Dezember 2006. Dabei ist von der elektronischen Gutschrift von Fr. 60'438.40 (Pos. 2007 0001) die unter Position 2006 1002 am 30. Oktober 2008 verbuchte Korrektur der Lohnbeiträge September bis Dezember 2006 von Fr. 10'647.10, welche gestützt auf die Mitteilung des Konkursamtes A.\_\_\_\_ vom 15. Oktober 2008 (Urk. 8/273) und die beigelegte Zusammenstellung der sozialversicherungsrechtlichen Treffnisse und Sozialbeiträge auf Lohnforderungen (Urk. 8/274) erfolgte, abzuziehen.

Die Pauschalbeiträge für die Monate Oktober bis Dezember 2006 sind demgemäss um monatlich Fr. 16'597.10 (Fr. 60'438.40 - Fr. 10'647.10 = Fr. 49'791.30 : 3) zu kürzen, was dazu führt, dass sich der vorliegend relevante Schadensbetrag, der lediglich die Ausstände April bis Oktober 2006 betrifft, um Fr. 16'597.10 auf Fr. 208'641.05 reduziert.

#### **E. 4**

4.1 Art. 14 Abs. 1 AHVG und die Art. 34 ff. AHVV schreiben 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. Die Nichterfüllung dieser öffentlichrechtlichen Aufgabe bedeutet eine Missachtung von Vorschriften im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG und zieht die volle Schadendeckung nach sich (BGE 118 V 195 Erw. 2a; vgl. BGE 132 III 523 Erw. 4.6 S. 529).

4.2 Die Arbeitgeberin hat es unterlassen, die Pauschalbeiträge für April bis Oktober 2006 (vollständig) zu bezahlen. Damit ist sie ihren Pflichten als Arbeitgeberin nicht nachgekommen und hat öffentlichrechtliche Vorschriften missachtet.

Zu prüfen bleibt, ob und inwieweit der dadurch entstandene Schaden auf qualifiziert schuldhaftes Verhalten des Beschwerdeführers zurückzuführen ist.

#### **E. 5**

5.1 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 183 Erw. 1a S. 186). Absicht beziehungsweise 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 zufügt, aber trotzdem nicht schadenersatzpflichtig wird, wenn besondere Umstände die Nichtbefolgung der einschlägigen Vorschriften als erlaubt oder nicht schuldhaft erscheinen lassen (BGE 108 V 183 Erw. 1b S. 186; ZAK 1985 S. 576 Erw. 2 und S. 619 Erw. 3a).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä 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 199 Erw. 3a S. 202; ZAK 1985 S. 51 Erw. 2a, 620 Erw. 3b; vgl. BGE 132 III 523 Erw. 4.6 S. 529).

5.2 Ä Ä Ä Nicht jedes einem Unternehmen als solchem anzulastende Verschulden muss auch ein solches seiner 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 des Unternehmens 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 199 Erw. 3a S. 202; ZAK 1985 S. 620 Erw. 3b; vgl. BGE 132 III 523 Erw. 4.5 S. 528). Gehören dem Verwaltungsrat mehrere Personen an, so ist für jede von ihnen einzeln zu prüfen, ob sie am Schaden der Ausgleichskasse ein Verschulden trifft. Obliegt die Geschäftsführung einem Mitglied des Verwaltungsrats, so handeln weitere Mitglieder 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 (in BGE 119 V 86 nicht publizierte Erw. 2c des Urteils vom 4. März 1993, H 94/91, nicht veröffentlichte Urteile D. vom 7. Dezember 1987, H 171/87, und K. vom 4. August 1987, H 25/87).

## E. 6

6.1 Ä Ä Ä Ä Der Beschwerdeführer lässt im Wesentlichen geltend machen, dass der Beigeladene Y. \_\_\_\_, seit 2001 Präsident des Verwaltungsrats, für die Gesellschaftsfinanzen der Z. \_\_\_\_, verantwortlich gewesen sei. Nach Einschätzung des Beschwerdeführers habe der Beigeladene das Verwaltungsressort "Finanzen, Administration & Verkauf" kompetent geführt; die Sozialversicherungsbeiträge seien denn auch bis März 2006 stets bezahlt worden. Am 3. Februar 2006 habe der Beschwerdeführer einen Bizeps-Sehnenabriss erlitten und sei ab diesem Zeitpunkt bis 30. Oktober 2006 durch eine Verkettung ungünstiger Umstände arbeitsunfähig geblieben. Auch wenn er in dieser Zeit zu 100 % arbeitsunfähig gewesen sei, habe er doch versucht, den allerdringlichsten, nicht delegierbaren Verpflichtungen in der ihm

unterstehenden Bauabteilung nachzukommen. Schlechterdings ausgeschlossen gewesen sei, dass er daneben die vom Beigeladenen persönlich überwachte Finanzabteilung auch hätte beaufsichtigen können.

Als er am 30. Oktober 2006 wieder ins Büro gekommen sei, habe er sofort versucht, sich einen Überblick über die finanzielle Situation zu verschaffen und die Überschuldung der Gesellschaft festgestellt. Sobald ihm eine erste Abschätzung der vom Beigeladenen, welcher zirka ab dem Jahr 2000 Darlehensverträge zu exorbitanten Zinsen abgeschlossen und die Verträge mit der gefälschten Unterschrift des Beschwerdeführers versehen habe, angerichteten finanziellen Katastrophe möglich gewesen sei, habe er die Bilanz deponiert. Die finanziellen Machenschaften und buchhalterischen Vertuschungsmanöver des Beigeladenen wiesen eine Komplexität sowie Dimensionen auf, welche auch die Spezialisten der Abteilung für Wirtschaftsdelikte der Kantonspolizei im Rahmen der gegen den Beigeladenen geführten Strafuntersuchung an die Grenzen brächten. Zwar werde im Rahmen dieses Strafverfahrens auch gegen ihn ermittelt; es sei jedoch im Rahmen dieses Verfahrens möglich, über den Ausgang des gegen ihn gerichteten Bagatelldeliktverfahrens zu spekulieren. Er sei in jedem Fall Opfer der für ihn nicht durchschaubaren raffinierten Bilanz- und Finanzmanipulationen des Beigeladenen.

Bei der Z. \_\_\_ habe es sich im Lichte der einschlägigen Rechtsprechung weder bezüglich der Lohnsumme, noch bezüglich der Anzahl der Beschäftigten oder der Geschäftstätigkeit um ein relativ kleines Unternehmen mit einfacher Verwaltungsstruktur gehandelt. Indem er dafür besorgt gewesen sei, dass die Überwachung des Rechnungslegungs- und Finanzwesens durch einen Verwaltungsrat, nämlich den Beigeladenen, welcher ein ausgewiesener Finanzexperte sei, erfolgte, sei er seinen Organpflichten zur Genüge nachgekommen (Urk. 1, 16).

6.2 Die Beschwerdegegnerin stellte sich dagegen im angefochtenen Entscheid und in der Vernehmlassung auf den Standpunkt, dass von einem Verwaltungsrat erwartet werde, dass er auch während einer krankheitsbedingten Abwesenheit regelmässig überprüfe respektive durch einen Stellvertreter überprüfe lasse, ob die Gesellschaft ihren finanziellen Verpflichtungen, insbesondere der Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge, nachkomme. Hätte der Beschwerdeführer selber Einsicht in die Geschäftsbücher genommen, hätte er leicht erkennen können, dass die Buchführung alles andere als korrekt gehandhabt worden sei. Das vermutlich deliktische Verhalten des Beigeladenen (und des Beschwerdeführers) vermöge den Beschwerdeführer angesichts seines lange zu passiven Verhaltens nicht zu entlasten (Urk. 2, 7).

6.3 Der Beigeladene sodann wies in seinen Stellungnahmen vom 21. Juli 2009 (Urk. 12) und 10. November 2009 (Urk. 24) darauf hin, dass zwar die Führung der verschiedenen Abteilungen unter den Geschäftsführern neu verteilt worden sei, jedoch die Verantwortlichkeit über die ganze Firma, insbesondere auch über die Finanzen, seit jeher gemeinsam wahrgenommen worden sei. Der Beschwerdeführer sei zwar im Jahr 2006 tatsächlich mehrfach operiert worden, jedoch sei er im Jahr 2006 bis zur Firmenschliessung Anfang November mit Sicherheit 6 bis 7 Monate persönlich und regelmässig im Betrieb gewesen und habe mit ihm und vielen Mitarbeitern fast täglich zumindest telefonischen Kontakt gehabt.

Beide GeschÄftsführer wie auch die übrigen Kadermitarbeiter seien über die aktuellen offenen Posten wÄhentlich sowie monatlich über die aktuellen Betreibungen per Mail informiert worden. Der Beschwerdeführer habe Kenntnis von den Liquiditätsproblemen der Z.\_\_\_\_ gehabt. Auch wäre es ihm jederzeit uneingeschränkt möglich gewesen, sich durch Nachfragen in der Finanz-abteilung ein sehr genaues Bild zu machen über die offenen und bezahlten Rechnungen; das entsprechende Kreditorenkonto sei in der Buchhaltung laufend und exakt nachgeführt worden (vgl. insbesondere Urk. Ä 12 S. 3).

## E. 7

7.1 Bei der Z.\_\_\_\_ handelte es sich gemäss Aktenlage um ein Unternehmen mit im Jahr 2006 zirka 70 Angestellten (vgl. Urk. 16 S. 17, 8/250/4 Ziff. 17), einem geschÄftsleitenden Verwaltungsrat und dem ebenfalls geschÄftsleitenden Präsidenten des Verwaltungsrates, beide mit Einzelunterschrift (vgl. Urk. 8/301). Bei einer Lohnsumme von knapp 3 Millionen Franken im Jahr 2006 (vgl. Urk. 8/244) stellte die Z.\_\_\_\_ damit immer noch eine Gesellschaft mit überschaubaren Verhältnissen und insbesondere einer einfachen Verwaltungsstruktur dar, welche einen strengen Beurteilungsmaassstab rechtfertigt (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen H. und P. vom 26. Oktober 2006, H 38/06 und H 44/06, Erw. 6.2 mit Hinweis). Es lässt sich nicht wie bei einer Grossunternehmung mit einer allfälligen Delegation an Dritte auch eine Beschränkung der Kontrollpflichten rechtfertigen (BGE 108 V 203 Erw. 3b). Bei einfachen Verhältnissen muss von einem Verwaltungsrat, der gleichzeitig GeschÄftsführer der Gesellschaft ist, in der Regel der Überblick über alle wesentlichen Belange der Firma verlangt werden. Die Rechtsordnung verlangt zwar nicht von ihm, dass er sämtliche Aufgaben selber erfüllt. Allein durch Delegation der Aufgaben kann sich der Verwaltungsrat aber nicht seiner Verantwortung und Pflicht zur Oberaufsicht entledigen (BGE 123 V 15 Erw. 5b, 109 V 88 Erw. 6).

Seiner Überwachungspflicht genügt er auch dann nicht, wenn er zwar geeignetes Personal sorgfältig auswählt, dieses aber nicht genügend instruiert und überwacht. Vertrauensseligkeit ist somit fehl am Platz. Der Verwaltungsrat hat darzulegen, inwieweit er sich persönllich über das allfällige Bestehen von Beitragsausständen informiert, sich um die Begleichung etwaiger Ausstände bemüht oder deren Bezahlung überwacht hat (Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen Z. und P., H 38/06 und 44/06, a.a.O., Erw. 6.2; Urteil in Sachen Z. vom 19. Juli 2006, H 30/06, Erw. 5.1).

7.2 Der Beschwerdeführer war neben dem Beigeladenen, der als Präsident der Gesellschaft amtierte, geschÄftsleitendes Mitglied des Verwaltungsrates der Z.\_\_\_\_ (Urk. 8/301) und hatte damit formelle und materielle Organstellung im Sinne von Art. 52 AHVG und der Rechtsprechung (BGE 114 V 79 Erw. 3) inne.

### 7.3

7.3.1 Der Verwaltungsrat führt die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die GeschÄftsführung nicht übertragen hat (Art. 716 Abs. 2 des Obligationenrechts, OR). Soweit sie nicht übertragen worden ist, steht sie allen Mitgliedern des Verwaltungsrats gesamthaft zu (Art. 716b Abs. 3 OR). Gemäss Art. 716b OR können die Statuten den Verwaltungsrat ermächtigen, die GeschÄftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglements ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder an Dritte zu

übertragen (Abs. 1). Dieses Reglement ordnet die Geschäftsführung, bestimmt die hierfür erforderlichen Stellen, umschreibt deren Aufgaben und regelt insbesondere die Berichterstattung (Abs. 2 Satz 2). Will der Verwaltungsrat Geschäftsführungskompetenzen delegieren, sei es intern an einen oder mehrere Delegierte des Verwaltungsrates, sei es extern an eine Direktion oder Geschäftsleitung, dann ist dies nur "nach Massgabe eines Organisationsreglementes", nicht aber durch gewöhnlichen Verwaltungsratsbeschluss möglich (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, Â§ 11 N 16).

Â Â Â Â Â Â Â Â Laut Art. 12 Abs. 2 der Statuten der Z. \_\_\_ kann der Verwaltungsrat die Geschäftsführung Dritten anvertrauen (Urk. 31/1). Auch wenn diese Statutenbestimmung nicht ausdrücklich den Erlass eines Organisationsreglements vorsieht, wurde dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 25. Januar 2011 die Möglichkeit eingeräumt, ein solches - falls vorhanden - einzureichen (Urk. 32). Das vom Beschwerdeführer hierauf eingereichte, in der Eingabe vom 28. Februar 2011 als Organisationsreglement (Urk. 34 S. 3) bezeichnete Dokument (Urk. 35/1), ist gemäss Ausführungen des Beigeladenen kein Organisationsreglement, sondern ein Auszug aus dem für die Beantragung eines Betriebskredites an die C. \_\_\_ durch beide Geschäftsführer erstellten Businessplan (Urk. 39 S. 2). Unabhängig davon, ob die Darlegung des Beigeladenen zutrifft, stellt das eingereichte Dokument (Urk. 35/1) fraglos sowohl formell wie auch materiell kein Organisationsreglement im Sinne von Art. 716b OR dar. So fehlt es dem Dokument nicht nur an typischen Inhalten eines Organisationsreglements, wie der Regelung der Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung sowie der Zeichnungsberechtigung, der Auskunftsrechte, der Berichterstattung sowie der administrativen Anordnung betreffend der Einberufung von Sitzungen (vgl. dazu Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., Â§ 11 Rz 9 ff.). Vor allem mangelt es dem Dokument an der Grundlage eines formell gültigen Verwaltungsratsbeschlusses für den Erlass eines Organisationsreglements im Sinne von Art. 713 Abs. 3 OR, fehlt es doch offensichtlich nicht nur an der Protokollierung, sondern auch an der Unterzeichnung desselben durch den Vorsitzenden, mithin den Beigeladenen, und den Sekretär, seines Zeichens der Beschwerdeführer (Urk. 8/301 S. 3). An dieser Schlussfolgerung ändern auch die Ausführungen des Beschwerdeführers vom 18. April 2011 (Urk. 44 S. 7 f.) nichts.

Â Â Â Â Â Â Â Â Ein Organisationsreglement, in welchem dem Beigeladenen die Verantwortung für das Finanzwesen der Gesellschaft gültig delegiert worden wäre, existiert folglich nicht. Somit war der Verwaltungsrat als Gesamtes zur Führung der Gesellschaft verpflichtet. Der Beschwerdeführer als Mitglied des zweiköpfigen Verwaltungsrates mit Einzelzeichnungsberechtigung hat sich demgemäss die Handlungen der relativ kleinen Gesellschaft mit einfachen Strukturen direkt anrechnen zu lassen und kann sich nicht mit dem Einwand exkulpieren, er sei für die Geschäftsführung im Bereich Finanzwesen/Buchhaltung nicht zuständig gewesen. Als Mitglied des Verwaltungsrats, der die Geschäftsführung formell nicht delegiert hatte, hätte er selber - ungeachtet der internen Abmachungen - dafür besorgt sein müssen, dass die Gesellschaft die Sozialversicherungsbeiträge, welche immerhin zur Hälfte den Arbeitnehmern vom Lohn abgezogen worden waren, ablieferte.

7.3.2Â Â Seine Krankheit entlastet den Beschwerdeführer nicht von der Verpflichtung, für ein ordnungsgemässes Beitragswesen zu sorgen (vgl. dazu Urteil des

Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen K. und M. vom 31. Juli 2001, H 382/00 und H 409/00, Erw. 5), zumal er unbestrittenermassen den Verpflichtungen aus dem Bereich Verkauf und Bauabteilung, für welche er sich zuständig erachtete, zumindest teilweise nachkam, und folglich nicht gänzlich arbeitsunfähig war.

Der Beschwerdeführer hatte unbestrittenermassen Kenntnis von den Liquiditätsproblemen der Gesellschaft (vgl. Urk. 16 S. 20 Erw. 3.2.8). Offensichtlich fielen bereits die Jahresabschlüsse 2004 und 2005 schlecht aus, was ihm ebenfalls bekannt sein musste (vgl. Einvernahmeprotokoll des Konkursamtes A. vom 6. Dezember 2006, Urk. 8/250/4 Ziff. 20). Dennoch unterliess er es - in der irrigen Annahme, dass er für die Oberaufsicht in Bezug auf die finanziellen Belange der Gesellschaft nicht zuständig sei, woraus er rechtlich aber keine Vorteile ziehen kann (BGE 124 V 220 Erw. 2b/aa mit Hinweisen) -, sich darum zu kümmern. Er lässt nicht einmal geltend machen, eine rudimentäre Kontrolle ausgeübt zu haben und sich anhand von Rapporten, Berichten oder konkreten Rückfragen beim Beigeladenen oder dem für die Buchhaltung zuständigen D. über die bestehenden Verbindlichkeiten gegenüber der Beschwerdegegnerin informiert zu haben. In Kenntnis der schlechten Liquiditätsslage wäre er, ungeachtet der intern vereinbarten Aufgabenteilung, gehalten gewesen, die Befolgung der Beitragszahlungspflicht in kurzen Abstünden, das heisst monatlich nach Ablauf der Zahlungsperiode, zu kontrollieren (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen Z. vom 11. Mai 2004, H 296/03, Erw. 4.3). Wie ein roter Faden zieht sich durch das Verfahren jedoch die Erkenntnis, dass es der Beschwerdeführer schlicht unterliess, sich selbst um die Oberaufsicht über die finanziellen Belange und dabei im Besonderen um die Beitragszahlungspflicht zu kümmern.

7.3.3 Offen bleiben kann im Rahmen der Verschuldensbeurteilung, ob das Verhalten des Beigeladenen strafrechtliche Folgen nach sich zieht; zwar hat das Eidgenössische Versicherungsgericht in seinem Urteil vom 25. Juni 2000 in Sachen F. (H 319/99) festgehalten, dass ein Verwaltungsrat, welcher durch strafrechtlich relevante Machenschaften eines anderen Mitglieds des Verwaltungsrates und Geschäftsführers über die Ausstände gegenüber der Ausgleichskasse hinter das Licht geführt wurde, für den entstandenen Schaden nicht verantwortlich gemacht werden kann. Im vorliegenden Fall ergeben sich aber keine Hinweise dafür, dass der Beschwerdeführer, gegen welchen das laufende Strafverfahren ebenfalls gerichtet ist (vgl. Urk. 8/299/1 und Urk. 1 S. 15), je auf die Notwendigkeit einer ordnungsgemässen Bezahlung der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge hingewiesen hätte oder sich über deren ordnungsgemässe Bezahlung informiert hätte. Entsprechend lässt der Beschwerdeführer denn auch nicht behaupten, der Beigeladene hätte ihn bezüglich der Beitragsausstände aktiv hinter das Licht geführt.

Einen Zusammenhang zwischen den behaupteten Unterschriftenfälschungen beim Abschluss von Darlehensverträgen des Beigeladenen und den Beitragsausständen beziehungsweise deren Erkennbarkeit lässt sich seinen Ausführungen nicht entnehmen (vgl. insbesondere Urk. 1 S. 10 ff.). Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang, dass der Beschwerdeführer selber geltend machen lässt, dass die Buchführung in Bezug auf die Sozialversicherungsbeiträge stets korrekt geführt worden sei (vgl. insbesondere Urk. 16 S. 8 f.). Wie er zu Recht ausführen lässt, gaben denn auch weder der Arbeitgeberbericht vom 19. Januar 2007 (Urk. 8/243) noch die

Jahresabrechnung 2006 (Urk. 8/244) diesbezüglich Anlass zu Beanstandungen. Damit aber ist in antizipierter Beweiswürdigung (BGE 124 V 90 Erw. 4b S. 94; 122 V 157 Erw. 1d S. 162) auf weitere Beweisabnahmen in diesem Zusammenhang zu verzichten, und als erstellt zu betrachten, dass sich der Beschwerdeführer durch die allenfalls strafrechtlich relevanten Machenschaften des Beigeladenen vom hier zu beurteilenden Vorwurf nicht zu entlasten vermag.

7.3.4. Letztlich bildet auch die Dauer des Beitragsausstandes (vgl. dazu Urk. 16 S. 22 Erw. 3.2.13) keinen Entlastungsgrund, kann doch ein Ausstand von sieben Monaten zum vornherein nicht als kurz im Sinne der Rechtsprechung bezeichnet werden (BGE 121 V 244 f. Erw. 4 und 5; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen E. vom 12. Dezember 2005, H 77/05, Erw. 5.).

7.3.5. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Beschwerdeführer durch seine Passivität im Zusammenhang mit der Überwachung und Sicherstellung der Beitragszahlung grundlegende öffentlich-rechtliche Pflichten eines Arbeitgebers nicht wahrgenommen hat, was ihm als qualifiziertes Verschulden anzurechnen ist.

## 8.

8.1. Schliesslich setzt die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers nach Art. 52 Abs. 1 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).

8.2. Der Beschwerdeführer lässt abschliessend auch die für die Haftung erforderliche adäquate Kausalität der absichtlichen oder grobfahrlässigen Missachtung von Vorschriften und dem eingetretenen Schaden mit der Argumentation bestreiten, dass, was immer er bezüglich der Sozialversicherungsbeiträge im Jahr 2006 abgeklärt, nachgefragt oder verlangt hätte, angesichts der Machenschaften des Beigeladenen, welcher diese unbeirrt weitergeföhrt und ihn falsch informiert hätte, ohne Einfluss auf den Schaden geblieben wäre (Urk. 1 S. 25).

8.3. Wie der Beschwerdeführer selber ausführen lässt, gelang es ihm, nachdem er am 30. Oktober 2006 genesen wieder ins Büro zurückgekehrt war, innert weniger Tage, sich einen Überblick über die finanzielle Lage der Gesellschaft zu verschaffen, die Bilanz zu deponieren, die Mitarbeiter zu informieren und den Betrieb einzustellen (Urk. 1 S. 9 f. Erw. 2.1.14 f.). Allein dies zeigt, dass der Beschwerdeführer sehr wohl über die notwendigen Handlungs- und Einsichtsmöglichkeiten verfügte und bei pflichtgemässer Wahrnehmung der Oberaufsicht zu einem früheren Zeitpunkt den Schaden hätte verhindern können.

^ ^ ^ ^ ^ ^ ^ ^ Zusammenfassend ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und der Beschwerdeführer zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin Schadenersatz im Betrag von Fr. 208'641.05 zu bezahlen.

10. ^ ^ ^ ^ ^ ^ ^ ^ Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Prozessentschädigung. Angesichts des nur geringen Obsiegens ist diese um 7/8 zu kürzen und ermessensweise auf Fr. 600.-- festzusetzen (Art. 34 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht in Verbindung mit Art. 8 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht).

Das Gericht erkennt:

1. ^ ^ ^ ^ ^ ^ ^ ^ In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 1. April 2009 in dem Sinne abgeändert, als der Beschwerdeführer Schadenersatz in der Höhe von Fr. Fr. 208'641.05 zu bezahlen hat. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. ^ ^ ^ ^ ^ ^ ^ ^ Das Verfahren ist kostenlos.

3. ^ ^ ^ ^ ^ ^ ^ ^ Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 600.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. ^ ^ ^ ^ ^ ^ ^ ^ Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Dr. iur. Robert Meier

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse

- Y.\_\_\_\_

- Bundesamt für Sozialversicherungen

5. ^ ^ ^ ^ ^ ^ ^ ^ 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 des Beschwerdeführers oder seines Vertreters 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.